

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ 79/2011
Enero-Abril

ESTUDIOS

Alfonso Pérez Moreno
¿La subprime española?

Ricardo Rivero Ortega
¿Se cumple la Directiva de Servicios en Andalucía?

María del Carmen Núñez Lozano
La transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Andalucía: declaraciones responsables y comunicaciones a la Administración

Mónica Ortiz Sánchez
Las zonas patrimoniales: Una nueva tipología de protección en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

Colegios profesionales, aconfesionalidad y patronazgo religioso.
Comentario a la STC 28 de marzo de 2011
(*Tomás Prieto Álvarez*)

La protección del patrimonio arqueológico subacuático, competencias sancionadoras de la Comunidad Autónoma de Andalucía: Caso Odyssey
(*Mónica Ortiz Sánchez*)
(*María del Amor Albert Muñoz*)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

La conversión del Decreto-Ley en Ley y la práctica de las "normas intrusas"
(*Manuel Medina Guerrero*)

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Una reforma del sector público de la Administración Andaluza: la vuelta al Derecho Administrativo y la reducción del gasto público como principios inspiradores

El control de la legalidad urbanística a la luz de la Directiva de Servicios: Régimen de las licencias urbanísticas en Andalucía

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La Sentencia 30/2011, de 16 de marzo, una sentencia decepcionante
(*José I. Morillo-Velarde Pérez*)

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

BIBLIOGRAFÍA



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



UNIVERSIDAD
de SEVILLA



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 79

Enero-Abril 2011

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.*
Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Madrid.*
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.*
Ramírez Ortega, Antonio. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía.*
Vallés Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*
Víboras Jiménez, José Antonio. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*

Director:

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

Secretaría:

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

Consejo de Redacción:

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

Secretaría de Redacción:

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

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de publicaciones en materias
de Administración Públicas

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

Talleres: Tecnographic, S.L. Sevilla

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

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública
Servicio de Documentación y Publicaciones

Avda. Ramón y Cajal nº 35

41071 SEVILLA

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

www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es



SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

<i>Alfonso Pérez Moreno</i> ¿La subprime española?	15
<i>Ricardo Rivero Ortega</i> ¿Se cumple la Directiva de Servicios en Andalucía?	27
<i>María del Carmen Núñez Lozano</i> La transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad autónoma de Andalucía: declaraciones responsables y comunicaciones a la Administración	49
<i>Mónica Ortiz Sánchez</i> Las zonas patrimoniales: Una nueva tipología de protección en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía	91

JURISPRUDENCIA

Colegios profesionales, aconfesionalidad y patronazgo religioso. Comentario a la STC 28 de marzo de 2011 (<i>Tomás Prieto Álvarez</i>)	137
La protección del patrimonio arqueológico subacuático, competencias sancionadoras de la Comunidad Autónoma de Andalucía: Caso Odyssey (<i>Mónica Ortiz Sánchez</i>) (<i>María del Amor Albert Muñoz</i>)	157
NOTAS DE JURISPRUDENCIA	
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
I. Constitución. II. Derechos y Libertades. III. Principios Jurídicos Básicos. IV. Instituciones de Estado. V. Fuentes. VI. Organización Territorial del Estado. VII. Economía y Hacienda. (<i>Francisco Escribano López</i>)	171

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 205 <i>(José I. López González)</i>
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 221 <i>(José L. Rivero Ysern)</i>

CRÓNICA PARLAMENTARIA

La conversión del Decreto-Ley en Ley y la práctica de las “normas intrusas” 243 <i>(Manuel Medina Guerrero)</i>

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Una reforma del sector público de la Administración Andaluza: la vuelta al Derecho Administrativo y la reducción del gasto público como principios inspiradores 257 <i>(José Ortiz Mallol)</i>
El control de la legalidad urbanística a la luz de la Directiva de Servicios: Régimen de las licencias urbanísticas en Andalucía 289 <i>(Ginés Valera Escobar)</i>

RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de las Unión Europea <i>(Lucía Millán Moro)</i>	367
Crónica normativa de la Junta de Andalucía <i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	399
Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	413

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La Sentencia 30/2011, de 16 de marzo, una sentencia decepcionante <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	419
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

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

RECENSIONES

RECENSIONES

- MELLADO RUIZ, L., *Aguas y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*. Ed. Comares y fundación de Estudios de Regulación, Granada, 2010, 352 págs. 437
(Francisco González Navarro)
-

BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO** 487
(Javier E. Quesada Lumbreras)
-

IN MEMORIAM

En el pasado mes de mayo se nos fue Eduardo Roca Roca. Su bien conocida habilidad para sortear los peligros de la salud no le alcanzó esta vez para hacerle un quiebro al destino final, que vino a por él implacable y certero.

Eduardo Roca fue durante muchos años Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada y también lo fue de las de Sevilla y Málaga. De su intensa presencia en las instituciones y la vida social dan cuenta las numerosas distinciones que recibió y su pertenencia a entidades jurídicas de alto nivel, tanto nacionales como extranjeras; cabe destacar en esta vertiente su vinculación con el mundo de las Academias y de la Abogacía así como su adscripción a órganos consultivos diversos.

Pero al margen de ese dilatado curriculum lo que aquí queremos patentizar es su condición de miembro del Consejo Asesor de la Revista desde los orígenes mismos de esta. Desde Granada y en el habitual autobús de línea siempre acudió al Consejo, sin falta mientras pudo, con un contento casi infantil, feliz de compartir con sus compañeros y amigos algunas horas de amable convivencia. Es justo dejar aquí el recuerdo de su afecto por la Revista y sus vivaces intervenciones y sugerencias, hechas siempre con espíritu constructivo y en ese tono tan suyo, a la vez ceremonioso y buenhumorado, que quedará prendido en nuestra memoria.

Descanse en paz.

FLM
Director de la Revista

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, acompañados, 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. EPÍGRAFE DE PRIMER NIVEL. MAYÚSCULAS 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 superíndice. 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



“¿La subprime española?”*

Alfonso Pérez Moreno

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: PLANTEAMIENTO. 1. El origen inmediato de la crisis financiera: la praxis deshonestada de la *subprime* en USA. 2. El núcleo del origen de la crisis: el falseamiento de la existencia o del valor de los inmuebles. 3. La coincidencia de la alteración legal en España de las reglas sobre valoración de los inmuebles: la promulgación de la Ley de Suelo de 2007 produciendo una expropiación *ex lege* del valor de los suelos. I. LA TENSION ENTRE MÉTODOS LEGALES DE VALORACIÓN Y PRECIOS DE MERCADO. A. El fracasado intento de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954: la válvula del art. 43. B. Los intentos de desestructuración del “terrible derecho” de propiedad. 1. Por la posición física del suelo. 2. Por el desarrollo en la planificación urbanística. 3. Por la fase de ejecución del planeamiento en que se encontrara el suelo. 4. La conexión del justiprecio con los valores de mercado: la Ley del Suelo de 1998. II. LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA CUESTIÓN URBANÍSTICA. A) Sobre el contenido esencial del derecho de propiedad. B) El ámbito de la expropiación forzosa. Expropiaciones *ex lege*. La responsabilidad del Estado legislador. III. LA LEY DE SUELO DE 2007 (T.R. 2008). A) El alcance de la reforma. B) Sobre la constitucionalidad de la reforma legal sobre valoraciones. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La crisis financiera se manifestó en EE.UU. en 2007, siendo su núcleo el falseamiento de la existencia o del valor de los inmuebles que servían de garantía de créditos hipotecarios (créditos e hipotecas *subprime*).

En España se promulgó en 2007 la nueva Ley de Suelo (B.O.E. 29 de mayo) que entró en vigor el 1 de julio siguiente. Su principal reforma fue en el método de valoración de los suelos clasificados en rurales o urbanizados. La reducción de los valores que tenían antes fue radical, y la Ley no estableció ningún justiprecio compensatorio. En este estudio se trata sobre la constitucionalidad de esa Ley, y si contribuyó a acelerar la crisis financiera.

*El presente trabajo es la contribución de su autor al *Liber amicorum* en homenaje a Gaspar Ariño Ortiz, que está en curso de publicación.

Palabras clave:

Crisis financiera, ley de suelo, *subprime*, valoración de suelos. Expropiación *ex lege*.— Confiscación. Inconstitucionalidad.

ABSTRACT

The current financial crisis appeared in the US during 2007. The core problem of the crisis was the false assessment of the value of the real estate subject to mortgages and other similar products (sub prime mortgages).

In 2007 Spain passed its new Land Act (published in the Official Bulletin on May 29), which entered in force on July 1 2008. The main reform of the Act was the new land (which was classified in two categories; rural land and developed land) valuation methodology. The new methodology caused a downfall in the land value and did not establish compensatory measures. This paper assesses whether this law is constitutional or not, and whether it contributed to the financial crisis or not.

Keywords:

Financial crisis, Land Act, sub prime, land valuation, takings, confiscation, unconstitutional.

PLANTEAMIENTO

1. El origen inmediato de la crisis financiera: la praxis deshonesto de la subprime en USA

Es una denuncia generalizada que el origen inmediato de la crisis financiera fue la praxis deshonesto de los créditos y de las hipotecas *subprime* (principalmente a florada en 2007).

Posteriormente se han añadido como concausas del fenómeno los efectos en los mercados de los impactos de las economías emergentes (China, India, Brasil).

Este término *subprime* significa “por debajo de lo óptimo” y se aplica a préstamos e hipotecas, pero también a tarjetas de crédito y a créditos para compra de coches, concedidos o creados sin garantizar la solvencia de los deudores que no tienen avales ni propiedades ni fiadores. En caso de impago carecen de base patrimonial que asegure la compensación. La generalización de estas prácticas financieras tuvieron un efecto en cadena con enriquecimiento torticero de quienes estaban situados en el ojo del huracán.

2. El núcleo del origen de la crisis: el falseamiento de la existencia o del valor de los inmuebles

En definitiva, el núcleo de la crisis se sitúa en la inexistencia de bienes patrimoniales y, muy especialmente, en el falseamiento del valor de los inmuebles que se sobrevaloraron en relación con sus cualidades físicas y jurídicas desfasados con relación al mercado y a las clasificaciones y calificaciones urbanísticas que las caracterizaban.

3. La coincidencia de la alteración legal en España de las reglas sobre valoración de los inmuebles: la promulgación de la Ley de Suelo de 2007 produciendo una expropiación ex lege del valor de los suelos

Con independencia de las actuaciones financieras *subprime* que pudieran manifestarse en España en ese mismo año 2007, lo que sí es un hecho notorio es que se promulgó la nueva Ley de Suelo de 28 mayo (BOE 29 mayo), que entró en vigor el día 1 de julio de 2007. Posteriormente por R.D. Legislativo 2/2008, de 20 junio, se aprobó el Texto Refundido.

Una de las modificaciones más radicales de esa Ley fue la de los criterios de valoración introducidos por la Ley de Régimen de Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998. Al reducir a dos tipos únicos los status que podía tener el suelo —o rural o urbanizado— se eliminaron los factores antes esenciales para valorar las distintas clases de suelo: no urbanizable, urbanizable, urbano consolidado, urbano no consolidado, solar. El efecto inmediato fue que lo que ayer valía X ahora podía valer el 10% de X, en aplicación de las nuevas reglas legales de valoración.

La radical innovación legal ha producido un gran impacto a las garantías financieras, especialmente al reducir el valor de los bienes hipotecados y los justiprecios a efectos expropiatorios.

Son supuestos de *expropiaciones ex lege*. La cuestión es saber si son expropiaciones constitucionales o inconstitucionales porque hayan producido confiscaciones, es decir, porque no se hayan realizado mediante la correspondiente indemnización, como ordena el art. 33.3 de la Constitución.

Para profundizar en esta cuestión es necesario: 1) reflexionar sobre la evolución de la tensión entre los métodos legales de valoración y los precios de mercado; 2) comprobar las bases constitucionales de la cuestión urbanística; y 3) discernir sobre las normas innovadoras de la Ley de Suelo de 2007.

Procederemos a desarrollar este esquema para llegar a unas conclusiones.

I. LA TENSION ENTRE MÉTODOS LEGALES DE VALORACIÓN Y PRECIOS DE MERCADO

Ha sido una constante en la evolución del ordenamiento jurídico español la falta de unificación de los criterios de valoración de los bienes inmuebles. Ha existido un perspectivismo jurídico radical según el sector del ordenamiento de que se tratara, de tal manera que se podía distinguir entre la valoración a efectos fiscales, o para la determinación de justiprecios expropiatorios, y, aún en éstos eran distintos los criterios para las expropiaciones con fines de urbanismo. Hasta el año 1990 no se unificaron las reglas para valorar bienes expropiados cualquiera que fuera el fin de la expropiación.

Además de la diversidad indicada hay que subrayar la constante tensión entre las reglas de valoración y los precios de mercado. Interesa recordar los hitos legislativos que se han ido sucediendo en el último medio siglo, concretamente desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

A. El fracasado intento de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954: la válvula del art. 43.

La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 procedió a regular concretos métodos de valoración según el tipo de bienes y derechos expropiados, pero terminó con una apertura a la discrecionalidad técnica permitiendo que los Jurados Provinciales de Expropiación pudiera aplicar otros criterios si las referidas reglas no permitían calcular el verdadero valor de los bienes. Bien pronto se generalizó la huida de las reglas y la aplicación de la válvula del art. 43. No había resolución justipreciadora del Jurado que no empezara con la declaración de no ser posible obtener el valor con las reglas legales y de que era necesario aplicar la flexibilidad del art. 43. La jurisprudencia tuvo que resolver el grave problema del exceso de discrecionalidad de los Jurados aduciendo que el lacónismo de las motivaciones no eran motivos de anulación porque al menos contenían alguna explicación de las cantidades estimadas. El efecto práctico durante muchos años fue la separación distanciada entre los valores fiscales, los expropiatorios y los mercantiles. Había expropiaciones que enriquecían a los expropiados y otras que los empobrecían.

B. Los intentos de desestructuración del “terrible derecho” de propiedad.

Fueron las leyes urbanísticas, primero para los suelos implicados en el **sistema urbanístico**, y luego para todos los suelos –desde la unificación de las valoraciones (1990)–, las que innovaron las fórmulas teniendo en cuenta circunstancias físicas o criterios de ordenación con los que se podía conseguir la desestructuración del “terrible derecho” de propiedad, en la feliz expresión de la monografía de Rodota.

Revisando las leyes del periodo considerado podemos analizar varias fórmulas de desestructuración:

1. Por la posición física del suelo, ya en la primera etapa de la legislación urbanística, se distinguieron entre valor inicial, valor expectante, valor urbanístico y valor comercial, que seguían en línea de fuera a dentro de las poblaciones los suelos rústicos, los que por su proximidad tenían expectativas urbanas, los que ya estaban afectados por el proceso urbanizador y los suelos urbanos.

2. Por el desarrollo en la planificación urbanística, se distinguieron entre suelos no urbanizables, urbanizables (programados o no programados), urbanos y solares. Los criterios de clasificación y de calificación, distinguiendo entre tipología del suelo y función urbanística-social del suelo, se enlazaban para determinar la regla de valoración más adecuada.

3. Por la fase de ejecución del planeamiento en que se encontrara el suelo, fue una innovación de gran contraste porque venía a modular el derecho de propiedad como un “*iter proprietatis*” que podría exceder de la base constitucional del art. 33.2 porque vulnerara el contenido esencial de dicho derecho. La reforma de la Ley del Suelo de 1990 –que daría paso al Texto Refundido de 1992– estableció cuatro fases de ese *iter proprietatis*, en función del grado de ejecución real del planeamiento. La doctrina había enriquecido el estudio de las garantías constitucionales del derecho de propiedad, siendo destacables las obras de los Profesores Barnés Vázquez, Luciano Parejo Alfonso, y Angel López López.

A pesar de la densa aportación de criterios de constitucionalidad el legislador de 1990 –que actuó en dos tiempos, antes y después de las elecciones generales– promulgó la reforma introduciendo la desestructuración más radical del derecho de propiedad de tal manera que se estableció como un “*iter proprietatis*” que tenía cuatro hitos: suelo con la equidistribución realizada, adquisición del contenido patrimonializado, obtención de la licencia de obra y con obra fielmente ejecutada. En cada fase cumplimentada acrecía el valor del suelo; y el incumplimiento depreciaba y permitía expropiaciones sancionadoras.

4. La conexión del justiprecio con los valores de mercado: la Ley del Suelo de 1998.

La reforma de la Ley del Suelo de 1998 va a introducir por vez primera en la legislación española la regulación de la conexión de los justiprecios con los valores de mercado. La *ratio legis* se explicita enfáticamente en los siguientes párrafos de la Exposición de Motivos:

“En lo que concierne a los criterios de valoración del suelo, la Ley ha optado por establecer un sistema que trata de reflejar con la mayor exactitud posible el valor real que el mercado asigna a cada tipo de suelo, renunciando así formalmente a toda clase de fórmulas artificiosas que, con mayor o menor fundamento aparente, contradicen esa realidad y constituyen una fuente interminable de conflictos, proyectando una sombra de injusticia que resta credibilidad a la Administración y contribuye a deslegitimar su actuación.

Se elimina así la actual dualidad de valores, inicial y urbanístico, a la que habían quedado ya reducidos los cuatro valores diferentes que estableció en su día la versión primera de la Ley del Suelo, de forma que, a partir de ahora, no habrá ya sino un solo valor, el valor que el bien tenga realmente en el mercado del suelo, único valor que puede reclamar para sí el calificativo de justo que exige inexcusablemente toda operación expropiatoria. A partir de este principio básico, la Ley se limita a establecer el método aplicable para la determinación de ese valor, en función, claro está, de la clase de suelo y, en consecuencia, del régimen jurídico aplicable al mismo y de sus características concretas.”

Y en distintos preceptos determinaba el método de valoración según la clase de suelo, siendo éste el Derecho vigente que fue derogado por la Ley del Suelo de 2007. Antes de entrar en el estudio de la reforma nos detendremos en recordar las bases constitucionales de la cuestión urbanística a fin de poder resaltar el contraste que produce la introducción inmediata de las nuevas normas sobre valoración del suelo en el Derecho español.

II. LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA CUESTIÓN URBANÍSTICA

Bastará una síntesis instrumental de los preceptos y de la jurisprudencia que han de dirigir el razonamiento jurídico básico sobre la valoración del derecho de propiedad del suelo.

A) Sobre el contenido esencial del derecho de propiedad.

La nutrida doctrina sobre este tema gira en torno a los artículos 33, 47 y

45 de la Constitución y, específicamente en relación a la función social de la propiedad, la participación en las plusvalías y la protección del medio ambiente basada en el principio de solidaridad.

“Art. 33.

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.”

“Art. 47. Ordena regular **la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.**

“La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.”

“Art. 45.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.”

B) El ámbito de la expropiación forzosa

“Art. 33.3.

Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”

La cuestión que se planteó en la doctrina y la jurisprudencia es si caben expropiaciones *ex lege* y si puede fundamentarse una responsabilidad del Estado legislador.

– Expropiaciones *ex lege*.–

Bastará recordar aquí los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1991 sobre la Ley de Costas (22/1988, de 28 de julio) que, en el particular relativo a las Disposiciones transitorias, viene a reconocer que la naturaleza dominical del derecho de los propietarios de espacios ribereños declarado por sentencia judicial firme (Disp. Trans. Primera) **“obliga a considerar que su transformación en concesión implica una muy singular forma de expropiación”**. El desarrollo posterior del argu-

mento lleva al Tribunal Constitucional a afirmar que junto a la **causa expropiandi** –constitucionalmente declarada la utilidad pública por la declaración de dominio público–, existe también una indemnización, que a su juicio es la compensación de la concesión por sesenta años de los bienes a favor de su propietario. En el caso de la legislación de costas, por consiguiente, se admite que el legislador ha expropiado sin caer en la confiscación. Induciendo el principio, para la prueba de constitucionalidad sobre futuras expropiaciones **ex lege**, hay que concluir que habrá que indagar en la misma ley de privación patrimonial cómo ordena “**la correspondiente indemnización**”.

– La responsabilidad del Estado legislador.–

Tras el excelente libro de Galán Vioque, Roberto, sobre el tema (“*La responsabilidad del Estado Legislador*”, Madrid, 2001), ha crecido el número de casos y de sentencias sobre dicha dimensión de la responsabilidad.

En las últimas publicaciones que he consultado cabe destacar el trabajo de la Profra. Escuin Palop “*Sobre las leyes y sus límites*” (Revista española de Derecho Administrativo, núm. 147, julio-septiembre, 2010, especialmente, su última nota bibliográfica).

El mismo Prof. Galán Vioque ha vuelto recientemente sobre el tema, en un trabajo pendiente de publicación con el título “*La evolución expansiva de la responsabilidad de los Poderes públicos*”. La misma realidad actual de la cuestión sirve para refutar alguna opinión crítica que se manifestó inicialmente con más voluntarismo que rigor. El Profesor Galán Vioque tenía razón en aquel excelente libro.

Para seguir con el propósito de hacer un esquema abreviado en este trabajo, procede pasar ahora a realizar un chequeo, desde las perspectivas expuestas, de la Ley de Suelo de 2007 (Texto Refundido vigente de 2008).

III. LA LEY DE SUELO DE 2007 (T.R. 2008)

Retomando el inicio de nuestro trabajo tenemos que resumir ahora cuales son las radicales innovaciones introducidas por la nueva Ley en la valoración del suelo, y cual pueda ser el juicio de constitucionalidad del efecto producido por tan radical reforma en los derechos ya adquiridos.

A) El alcance de la reforma

Es importante analizar las reflexiones de la Exposición de Motivos que se realizan con plena conciencia de su radical efecto innovador. Entre ellas son de lectura imprescindible los siguientes párrafos:

“No es ésta una Ley urbanística, sino una Ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado.”

“Con independencia de las ventajas que pueda tener la técnica de la clasificación y categorización del suelo por el planeamiento, lo cierto es que es una técnica urbanística, por lo que no le corresponde a este legislador juzgar su oportunidad. Además, no es necesaria para fijar los criterios legales de valoración del suelo. Más aún, desde esta concreta perspectiva, que compete plenamente al legislador estatal, la clasificación ha contribuido históricamente a la inflación de los valores del suelo, incorporando expectativas de revalorización mucho antes de que se realizaran las operaciones necesarias para materializar las determinaciones urbanísticas de los poderes públicos y, por ende, ha fomentado también las prácticas especulativas, contra las que debemos luchar por imperativo constitucional”.

En consecuencia los 12 y 20 a 27 de la Ley (12 y 21 a 28 del Texto Refundido de 2008) regulan las situaciones básicas del suelo” que, a los efectos de esa Ley, son dos: *suelo rural* y *suelo urbanizado*. El *suelo urbanizable* no existe a efectos de valoración.

En consecuencia, los terrenos en situación de suelo rural “se tasarán mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación, según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración”. El valor obtenido podrá corregirse al alza, hasta un máximo del doble, en función de factores objetivos de localización (accesibilidad, ubicación).

El suelo urbanizado se valora en función de las circunstancias: a) no edificado, edificación ilegal o en situación de ruina; y b) suelo edificado o en curso de edificación. Se aplica el método residual estático, y el método de comparación, según los supuestos.

La evidente privación de derechos que el nuevo sistema produce se hace más ostensible al comprobar que la Ley entraría en vigor el día 1 de julio de 2007. La Disposición Transitoria tercera establece algunas excepciones en estos términos:

“1. Las reglas de valoración contenidas en esta Ley serán aplicables en todos los expedientes incluidos en su ámbito material de aplicación que se inicien a partir de su entrada en vigor.

2. Los terrenos que, a la entrada en vigor de esta Ley, formen parte del suelo urbanizable incluido en ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo, se valorarán conforme a las reglas establecidas en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, tal y como quedaron redactadas por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, siempre y cuando en el momento a que deba entenderse referida la valoración no hayan vencido los plazos para la ejecución del planeamiento o, si han vencido, sea por causa imputable a la Administración o a terceros.

De no existir previsión expresa sobre plazos de ejecución en el planeamiento ni en la legislación de ordenación territorial y urbanística, se aplicará el de tres años contados desde la entrada en vigor de esta Ley.”

En el proyecto de Ley de Economía sostenible –que al redactar este trabajo permanece en el Congreso de los Diputados sin programación– ese plazo se eleva a siete años.

B) Sobre la constitucionalidad de la reforma legal sobre valoraciones

Pasamos ya al cotejo entre la expropiación **ex lege** producida por la reforma legal indicada y la regulación de la Constitución. A diferencia de la Ley de Costas en la Ley de Suelo no existe ninguna previsión de posible compensación por las privaciones singulares patrimoniales que producen las nuevas normas de valoración. El contraste entre los criterios de la Ley del Suelo de 1998 y la nueva Ley de 2007 es radical. Los efectos en valores, garantías hipotecarias, estimación de aportaciones y justiprecios expropiatorios son muy intensos; produce una minusvalía tan elevada que ha desfondado todas las previsiones económicas en las que intervenga el valor del suelo. Adquirentes de terrenos calificados de urbanizables encuentran extinguida esta categoría a efectos de valoración; no existen expectativas estimables. A la vista del art. 33.3 de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional no son justificables y no pueden excluirse de reproches esenciales las privaciones patrimoniales singulares que la Ley de Suelo 2007 ha consumado.

CONCLUSIONES

Hasta aquí hemos resumido los datos del problema. A falta de otros cauces de defensa los particulares afectados tendrán que plantearse la aplicación de la cuestión de inconstitucionalidad cuando les sean aplicados los nuevos criterios de valoración de sus suelos.

Las consecuencias adquieren otros campos de análisis teniendo en cuenta las circunstancias de la crisis financiera, la reforma de la legislación hipotecaria y lo que resulte finalmente de esa previsión de prórroga a siete años de la Disposición Transitoria en la proyectada Ley de Economía sostenible.

Estoy seguro de que estos y otros aspectos del problema serán escudriñados por el sutil escarpelo del maestro que homenajeamos con este libro.

¿Se cumple la Directiva de Servicios en Andalucía?

Ricardo Rivero Ortega

Profesor titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. EL INGENTE ESFUERZO NORMATIVO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN PLENA CRISIS. II. LA TRANSPOSICIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO. III. LAS OPCIONES NORMATIVAS ESTRATÉGICAS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. IV. MEDIDAS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA. V. BALANCE: UN GRAN TRABAJO REALIZADO; MUCHO TRABAJO POR HACER

RESUMEN

Este trabajo analiza el grado de cumplimiento de las exigencias de la transposición de 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, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, después del ingente esfuerzo realizado para adaptar numerosas normas y reglamentos del Ordenamiento autonómico a sus principios. Tras exponer el *iter* de las reformas efectuadas en el nivel estatal y andaluz, se exponen también las medidas de simplificación administrativa y régimen local, para concluir señalando tanto lo conseguido como lo que todavía está por hacer.

Palabras clave:

Directiva de Servicios, Ordenamiento andaluz, regulación económica, simplificación administrativa.

ABSTRACT

This work deals with the implementation of the Services Directive in Andalusia, after the great effort to adapt many norms and regulations to its principles. The reforms in the state and andalusian level are described, as also the administrative simplifications and local government measures are explained, to conclude with an emphasis on the achievements and the tasks that are not finished.

Keywords:

Services Directive, andalusian Law, economic regulation, administrative simplification.

I. EL INGENTE ESFUERZO NORMATIVO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN PLENA CRISIS

Pocas cuestiones han dado lugar a tanto debate jurídico-administrativo en los últimos tiempos como la transposición de la Directiva de Servicios, principal protagonista de las argumentaciones expuestas en los dos últimos encuentros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEDPA), respectivamente celebradas en San Fernando (Cádiz) y Palma de Mallorca en 2010 y 2011¹. Con independencia de los distintos puntos de vista sobre su importancia y alcance –para todos los gustos– ha de reconocerse que el revuelo suscitado por su impacto en nuestro Ordenamiento jurídico ha sido mayúsculo².

Transponer la Directiva de Servicios en España ha exigido un número de páginas en los boletines oficiales incomparable con el perceptible en cualquier otro país de la Unión Europea. Nuestro Estado descentralizado complejo, con un reparto muy farragoso de los poderes de decisión normativa y ejecutiva en al menos tres niveles (Estado, Comunidad Autónoma, municipio) multiplica

¹ En la reunión de 2010, con motivo de la exposición de las ponencias sobre la libertad de comercio (elaboradas por Joaquín TORNOS MAS y Ricardo RIVERO ORTEGA); en la de 2011, al analizar las relativas al Derecho de la crisis económica, presentadas por Antonio EM-BID IRUJO y Alba NOGUEIRA LÓPEZ.

² José Carlos LAGUNA DE PAZ sostuvo tempranamente la idea de que estábamos ante una mera codificación de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia y los principios del Derecho europeo, en su aportación titulada “Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009. Con otro punto de vista, cuestionan la mutación constitucional derivada a su juicio de la norma europea Tomás DE LA QUADRA SALCEDO y Luciano PAREJO ALFONSO. *Vid.* DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009. PAREJO ALFONSO, Luciano, “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkstein”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009. Quien más relevancia ha reconocido a la Directiva por sus repercusiones en nuestro Ordenamiento quizás ha sido Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo”, *Revista Española de Derecho europeo*, núm. 22, 2007.

primero por 17 y luego por más de 8000 los pasos a dar para cumplir hasta sus últimas consecuencias los preceptos del Derecho comunitario (complejidades que trascienden esta norma en concreto, como puso de manifiesto el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el Ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008)³.

Buena prueba del correcto diagnóstico de las dificultades es que todavía estamos en trance de culminar el proceso, a pesar de todo lo que se ha hecho ya. A finales del año pasado, se podía leer la página *web* del Ministerio de Economía el Informe sobre la Transposición de la Directiva de Servicios de 29 de abril de 2010, cuyas cifras demuestran la magnitud de la operación realizada: en el nivel del Estado, se computaban los cambios en 50 leyes y 118 reales decretos, con el balance de la eliminación de 116 autorizaciones; y en el nivel autonómico, se daba cuenta de la reforma de 199 leyes y 546 decretos, con la consecuencia de haber “barrido” 633 autorizaciones en total⁴.

A pesar de todo este esfuerzo, no logramos evitar la impresión de que una mayor proactividad e implicación de las autoridades autonómicas y locales desde un principio –en la línea recomendada en el año 2005 por el Comité de las Regiones– podría haber facilitado la realización del objetivo en todos los niveles. Y es que no deja de ser significativo que todavía en el año 2011 se presente la culminación de esta tarea como una de las claves para la reactivación de la economía, en plena discusión sobre la reforma aún pendiente de los colegios profesionales. El reproche de la lentitud en la adopción de algunas de las reformas estructurales derivadas de la transposición de la Directiva es difícil de evitar, particularmente si se acepta su conexión con la posible mejora de la situación económica⁵.

Por supuesto, es inevitable el debate sobre la oportunidad de acometer este tipo de modificaciones, que afectan a intereses negativamente, en un esce-

³ *Vid.* RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Reformas administrativas para 2010: La difícil transposición de la Directiva de Servicios en España”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2010.

⁴ *Vid.* RIVERO ORTEGA, Ricardo, “La transposición de la Directiva de Servicios: panorámica general y balance de su transposición en España”, *Noticias de la Unión Europea*, Junio 2011.

⁵ Para contrastar con una perspectiva más positiva y optimista del trabajo realizado, teniendo presente el proceso interno de las Administraciones públicas, *Vid.* FERNÁNDEZ BARJAU, Blanca/MARTÍNEZ ALBALADEJO, Teresa, “El proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España: hacia una reforma”, *Información Comercial Española-Boletín Económico del ICE*, núm. 2990, 2010.

nario de recesión y pérdida masiva de puestos de trabajo. Pero también debe recordarse el muy largo período de tiempo concedido para la transposición (tres años) y la recurrente crítica de algunos destacados medios de información económica internacional (*Financial Times*, *The Economist*...) contra la lentitud en los procesos de cambio estructural español, periódicos extranjeros que también llegaron a detenerse en el detalle de la reforma laboral o las duplicidades y exceso del Estado Autonómico⁶.

II. LA TRANSPOSICIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Los problemas derivados de la compleja multidescentralización española para cumplir la Directiva de Servicios no se le escapan a ninguno de los autores que han analizado este proceso⁷. Marco problemático que se acentúa toda vez que los títulos constitucionales invocables por el Estado para llevar a cabo la transposición (149.1.1; 149.1.13; 149.1.18) no resultan suficientes a juicio de algunos expertos para invadir presuntas competencias autonómicas en la regulación de sectores que les corresponden por dictado estatutario⁸.

Muy relevante desde mi punto de vista es en este sentido el contenido del Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, documento en el que el supremo órgano consultivo del Gobierno señala nada menos que al artículo 150 de la Constitución española para llevar a cabo la operación pretendida por el texto que se informa, al que se dota positivamente de carácter básico pero que aún

⁶ Al respecto, *Vid.* RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Qué reformas estructurales”, en *Libro Homenaje al Profesor Gaspar Ariño Ortiz*, Instituto de Estudios de la Regulación, Madrid, 2011.

⁷ *Vid.* JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno*, IVAP, Oñate, 2010.

⁸ *Vid.* DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, “Estado autonómico y transposición de la Directiva de Servicios”, en VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier/RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES, Valladolid, 2010. A juicio de URRUTIA LIBARONA “...la Directiva de Servicios afecta a multitud de competencias sectoriales exclusivas de las Comunidades Autónomas, cuya naturaleza no puede verse alterada a través de una ley transversal declarada básica. Esto último no puede convertir en competencias compartidas lo que de acuerdo con la Constitución y con los Estatutos de Autonomía no lo son”, URRUTIA LIBARONA, Íñigo, *Marco jurídico del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, IVAP, Oñate, 2010, p.159.

ha suscitado dudas competenciales desde el punto de vista de algunos intérpretes⁹. No es extraño por ello que parte de la doctrina constitucional se sume a las indicaciones realizadas por el Consejo de Estado, en el sentido de preferir el recurso a la Ley de Armonización¹⁰.

Pero en cualquier caso este debate se ha visto superado temporalmente por la marea normativa posterior, ciertamente sin excepciones en la misma línea pragmática de transposición y no cuestionamiento de la estrategia estatal. La ausencia de recursos de inconstitucionalidad frente a la Ley de Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (Ley Paraguas) resulta en todo caso elocuente; y la mínima reacción frente a la Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior (Ley Ómnibus) también nos pone delante del muy relativo calibre del conflicto competencial¹¹.

Las Comunidades Autónomas también han aprobado las modificaciones correspondientes de sus propias normas, imprescindibles para realizar las exigencias de la Directiva en sectores sobre los que ejercen competencias relevantes, como el comercio o el turismo, y no puede señalarse actitud de resistencia explícita alguna a la implementación de los principios simplificadores, ni a la

⁹ “Lo menos que se puede decir es que la ubicación que pretende tener la Ley Paraguas en el contexto del sistema normativo es complicada. De ahí que antes afirmara que esta modalidad de transposición crea, a mi juicio, más incógnitas que resuelve problemas”, SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo, “La Directiva de Servicios y su transposición: ¿Una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?”, en RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Cívitas, Madrid, 2010.

¹⁰ “Los argumentos manejados por el Consejo de Estado en esta dirección (en síntesis, la coexistencia de potestades normativas de diverso alcance, la complejidad intrínseca de la transposición de la Directiva de Servicios y el riesgo cierto de que se produzcan disfunciones en dicha labor) son difícilmente cuestionables”, MATIA PORTILLA, Francisco Javier, “La transposición de la Directiva de Servicios en el Estado central y en la Comunidad Autónoma de Castilla y León (un estudio de fuentes del Derecho)”, en VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier/RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Valladolid, 2010, p.160.

¹¹ El Gobierno de la Generalidad de Cataluña interpuso recurso de inconstitucionalidad frente al artículo 5.5, la Disposición Transitoria Cuarta y la Disposición Final Primera de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio. El Gobierno de España, por su parte, ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la transposición en la Comunidad Autónoma de Galicia.

sustitución de autorizaciones por otras técnicas, ni a las nuevas formas de regulación. En general, se observa la común aceptación de la Directiva en gobiernos de todo signo, más allá de las polémicas doctrinales a favor o en contra de sus previsiones:

Aragón sería un primer buen ejemplo de esta tendencia, anticipada por cierto con la aprobación del Decreto-Ley 1/2008, de 30 de octubre, de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón. Y posteriormente mediante la aprobación del Decreto-Ley 1/2010, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, de modificación de diversas leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior¹².

Baleares aprobó la Ley 8/2009, de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears para la transposición de 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. Posteriormente, en 2010 aprobaría la Ley 12/2010, de 12 de noviembre, para la modificación de numerosas leyes con el objeto de la transposición (incluyendo desde servicios profesionales hasta medidas administrativas).

Canarias aprobó la Ley 12/2009, de 16 de diciembre, reguladora de la licencia comercial. Y recientemente ha aprobado la Ley 8/2011, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 4/1994, de Ordenación de la actividad comercial de Canarias.

Cantabria ha aprobado las leyes 2/2010, de 4 de mayo, para la modificación de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria y de otras normas complementarias para su adaptación a 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, y 3/2010, de 20 de mayo, por la que se modifica la Ley 1/2001, de 16 de marzo, de Colegios Profesionales de Cantabria, para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

¹² Vid. *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho administrativo*, número monográfico de la *Revista Aragonesa de Administración Pública* coordinado por Elisa MOREU, 2011.

Castilla–La Mancha aprobó la Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado interior. Se introducen cambios en las Leyes de calidad agroalimentaria, de montes y gestión forestal sostenible, de vías pecuarias, de ordenación del turismo y de actividades feriales de esta Comunidad Autónoma. Se suprimen con estas modificaciones varios regímenes autorizatorios, introduciendo en otros los principios de la Directiva (publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia) en su concesión.

Castilla y León aprobó el Decreto–Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, incluso tanto de medidas generales (Administración pública, consumidores y usuarios, servicios profesionales) como de las principales reformas sectoriales (servicios comerciales, servicios turísticos, servicios medioambientales, espectáculos y juego, carreteras, centros educativos, mediación familiar, sanidad animal, salud pública, seguridad industrial, servicios sociales, etc.)¹³.

Cataluña, tras la aprobación del Decreto–Ley 1/2009, de ordenación de los equipamientos comerciales, ha optado por la delegación legislativa, aprobando la Ley 5/2010, de 26 de marzo, de bases de delegación en el Gobierno de la potestad legislativa para la adecuación de normas con rango de Ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior¹⁴.

Extremadura aprobó la Ley 7/2010, de 19 de julio, de modificación de la Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio, y la Ley 8/2010, de 19 de julio, de modificación de la Ley 3/2002.

¹³ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “La transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León: valoración crítica de la estrategia de transposición y las medidas adoptadas”, en VICENTE BLANCO, Dámaso–Javier/RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES, Valladolid, 2010.

¹⁴ La *Revista Catalana de Derecho Público* dedica su número 42, de junio de 2011, a los *Retos y desafíos de la Directiva de Servicios*, con aportaciones de Belén NOGUERA DE LA MUELA, Francisca ESTEVE GARCÍA, Mercedes FUERTES LÓPEZ, Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, Ricardo RIVERO ORTEGA, Tomás FONT I LLOVET, Silvia DEL SAZ CORDERO, Helena VILLAREJO GALENDE, Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO JANINI, José Manuel PÉREZ FERNÁNDEZ y Marc CASAS I RONDONÍ.

Galicia ha aprobado la Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas Leyes de Galicia para su adaptación a 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. Modifica la Ley de Administración local de Galicia, con el fin de facilitar el acceso a la ventanilla única electrónica; también introduce reformas en materia de colegios profesionales, industria, actividades feriales, servicios ambientales y de la agricultura, servicios culturales y turísticos, etc.

Madrid aprobó con gran despliegue informativo la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña, una norma que lleva los principios y exigencias de la Directiva de Servicios hasta consecuencias no asumidas por muchas otras Comunidades, como la desaparición de la licencia comercial para las grandes superficies.

Murcia aprobó la Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas Leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado interior. Las Leyes modificadas son las de turismo, juegos y apuestas, deporte, artesanía, comercio minorista y ferias.

Navarra aprobó la Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas Leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, y Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas Leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

El País Vasco reformó en el año 2008 su Ley del Turismo, pero no explicita entre los motivos de esta modificación, operada por la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, la adaptación a la Directiva de Servicios. Sí lo hace en cambio la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la actividad comercial. En marzo de 2010 se presentó un Anteproyecto de Ley para la transposición que contemplaba la modificación de numerosas leyes vascas (del juego, de museos, de industria, del turismo, de ordenación vitivinícola, de protección del medio ambiente, de profesiones tituladas, de fundaciones, de ordenación farmacéutica, de servicios sociales, de mediación familiar y de urbanismo)¹⁵.

¹⁵ Vid. URRUTIA LIBARONA, Íñigo, *Marco jurídico del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, IVAP, Oñate, 2010.

Sobre este anteproyecto de ómnibus vasca se estaba informando todavía a finales del año pasado

Valencia aprobó la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, reformando entre otras leyes las de turismo, comercio, ordenación farmacéutica, espectáculos públicos, protección de animales de compañía, etc.

A pesar, pues, de los debates doctrinales y las dificultades, en plena crisis, la agenda legislativa autonómica ha estado marcada durante los años 2009 y 2010 por la aprobación de estos textos, que no han dado lugar a excesivos enfrentamientos políticos en la España de las Autonomías porque la mayoría de los responsables públicos estaban trabajando en las reformas estructurales que consideraban podrían servir para dinamizar la economía española, demostrando que cuando el Estado autonómico debe moverse al unísono, puede hacerlo, pues los resultados comparativos entre comunidades no han sido ni tan dispares, ni tan disfuncionales. La coordinación, en la práctica, por fin ha funcionado razonablemente, y esto es positivo en mi opinión.

III. LAS OPCIONES NORMATIVAS ESTRATÉGICAS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

La Comunidad Autónoma de Andalucía acomete la transposición de la Directiva de Servicios tras la aprobación de un nuevo Estatuto de Autonomía que pone al día su régimen de autogobierno. Lo hace por tanto con un nivel máximo y renovado de competencias, que permiten a sus instituciones propias tomar el mayor número de decisiones sobre las materias afectadas por el Derecho europeo, incluyendo por supuesto la reforma de sus procedimientos administrativos¹⁶.

Según la información que podemos encontrar en la propia *web* institucional de la Junta de Andalucía, el 24 de marzo de 2009 autorizó el Consejo de Gobierno iniciar los trámites del anteproyecto de Ley dirigido a la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el

¹⁶ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco/CÁMARA VILLAR, Gregorio/RODRÍGUEZ, Ángel/MONTILLA MARTOS, José Antonio/RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Tecnos, 2007.

mercado interior. En tal anteproyecto se planteaba reformar las siguientes leyes: Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo; Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía; Ley 8/2007, de 5 de octubre, de Museos y Colecciones museográficas de Andalucía; Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía; y Ley 2/1986, de 19 de abril, del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El 8 de abril de 2009 se anunció el trámite de información pública de este anteproyecto.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de este texto, que refleja la primera opción del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía en cuanto a la forma y el fondo de la transposición, la Ley del Turismo debía reformarse en el sentido de sustituir las autorizaciones por declaraciones responsables, sustituyendo los controles previos por controles posteriores (actuación inspectora); en la Ley de Carreteras, se pretendía sustituir la autorización previa para la instalación de rótulos de establecimientos mercantiles por una mera comunicación previa; en la Ley de Museos, el procedimiento autorizatorio para su disolución se sustituye por una comunicación previa, planteando asimismo una mera “notificación previa” para la salida de fondos museísticos; en la Ley de Patrimonio Histórico se proponía una modificación del régimen de la autorización para actividades arqueológicas preventivas; y en la Ley del Juego y Apuestas se suprimía la exigencia de autorización administrativa previa para la organización, celebración y desarrollo de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, siempre y cuando se tratara de actividades en las que la participación del público fuera gratuita y no existiera sobreprecio o tarificación adicional.

En este Anteproyecto se recogían pues relevantes modificaciones legales, pero a todas luces insuficientes para llevar a cabo el considerable desafío de la transposición, como las presentaciones de responsables de la propia Junta por aquellas fechas mostraban. Así, por ejemplo, en documentos accesibles firmados por Javier VISUS, se señala que en la fase de identificación realizada por la Administración autonómica se detectaron 45 normas con rango de Ley para reformar, 176 normas con rango de Decreto y 103 con rango de órdenes y resoluciones, con un balance total tras la suma de estas cifras de 324 normas identificadas¹⁷.

¹⁷ *Vid.* VISUS ARBESÚ, Javier, “La transposición de la Directiva de Servicios en Andalucía”, en http://www.juntadeandalucia.es/gobernacionyjusticia/opencms/portal/com/bin/portal/AdministracionLocal/Publicaciones/jornadas_trasposic_/p_22.pdf

En cuanto a los procedimientos, esta misma ponencia nos ofrecía datos elocuentes, fechados en enero de 2009: 1042 procedimientos identificados por la Administración General del Estado; 548 procedimientos identificados en Galicia; y no muy lejos, en Andalucía, 530. La fase de evaluación se desarrolló a través de la aplicación informática SIENA, facilitada por el Ministerio de Economía y Hacienda (que lideró el proceso) y consistente en cuestionarios relativos a la afectación de los procedimientos por el ámbito de aplicación de la Directiva, su necesidad, proporcionalidad y no discriminación. La evaluación de las normas con rango legal se inicia conforme a esta información a la altura de noviembre de 2008; posteriormente se iniciaría la evaluación de las normas reglamentarias (hay que entender que ya en 2009, con menos de un año para la transposición).

Esta ponencia nos ofrece también conclusiones sobre la evaluación realizada, diciéndonos que en las leyes afectadas se detectaron 64 procedimientos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, de los cuales 40 resultarían incompatibles con la misma por no ser necesarios, proporcionales o no discriminatorios. Se destacaban además los sectores en los que se daban tales situaciones: turismo, comercio y deportes. En cambio, 14 se consideraban compatibles por ser necesarios, proporcionales y no discriminatorios. La lista de leyes que debían ser reformadas coincide con las incluidas en el Anteproyecto que antes hemos comentado, más las relativas al sector comercio que se tramitaron por otra vía: Ley 1/1996, de 10 de enero de 1996, del Comercio Interior de Andalucía; Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante; Ley 3/1992, de 22 de octubre, de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía.

El retraso de las leyes aprobadas por el Estado, que no verán la luz hasta los últimos días del año 2009, en el límite del período de transposición, probablemente explica que se optara en Andalucía (como en otras Comunidades Autónomas, así también en Castilla y León) por utilizar la figura del Decreto-Ley. La extraordinaria y urgente necesidad se vincularía al plazo marcado por el Derecho europeo, pero como nos explica también la Exposición de motivos del Decreto-Ley 3/2009, a un potencial riesgo de inseguridad jurídica, por el discutible efecto derogatorio de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Las explicaciones ofrecidas por el poder normativo andaluz en este caso son plausibles, pero muestran la falta de sintonía plena en el manejo de los tiempos de las reformas del legislador estatal y los autonómicos.

Al fin, los principales resultados de cambio del Ordenamiento andaluz dentro del plazo lo ofrecerá Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el

que se modifican 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. Este Decreto-Ley reformaría las siguientes leyes: Ley 1/1996, de 10 de enero de 1996, del Comercio Interior de Andalucía; Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante; Ley 3/1992, de 22 de octubre, de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía; Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo; Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía; Ley 8/2007, de 5 de octubre, de Museos y Colecciones museográficas de Andalucía; Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía; y Ley 2/1986, de 19 de abril, del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 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; Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía; Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía; Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía; Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía; Ley 5/1999, de 29 de junio, de Prevención y lucha contra los incendios forestales; Ley 8/1999, de 27 de octubre, de Régimen Jurídico del Espacio Natural de Doñana y Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la flora y la fauna silvestres.

Más tarde, la 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, reafirmaría las reformas del Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre e introduciendo otras en un sector clave como es el comercio¹⁸.

Así, se modifican las leyes 1/1996, de 10 de enero, del Comercio interior de Andalucía; la Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante; y la Ley 3/1992, de 22 de octubre, de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía. La reforma comercial andaluza introduce los criterios territoriales, urbanísticos y ambientales en la planificación de la ubicación de establecimientos comerciales (Plan de Establecimientos Comerciales), considerando grandes superficies las que superen los 2500 metros de superficie. Andalucía es una de las

¹⁸ Vid. VILLAREJO GALENDE, Helena (Dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo*, Comares, Granada, 2009.

pocas Comunidades Autónomas en las que desaparece la licencia autonómica para su instalación, cuya autorización corresponde tras la reforma a los municipios (de forma respetuosa con la autonomía local¹⁹), pero prevé en cambio un informe autonómico preceptivo de la Consejería competente en materia de comercio interior que puede producir efectos muy similares al del veto autorizador²⁰.

Los criterios de preferencia en cuanto a la localización de las grandes superficies comerciales minoristas se asocian a factores urbanísticos o ambientales, pero también insinúan en parte el constante afán de ordenar el desarrollo comercial. Así, las referencias al “planeamiento comercial” del artículo 26 (Estrategia de planificación), o el 28, cuando detalla el contenido del “Plan de Establecimientos Comerciales” (incluyendo el análisis del comercio interior de Andalucía). La relación de criterios del artículo 33, en fin, ofrece una mezcla de urbanismo y política comercial difícilmente dissociable en algunos casos: por ejemplo, en su apartado f (“Contribución al mantenimiento de los espacios comerciales presentes en la ciudad, identificando itinerarios y ejes comerciales, garantizando su accesibilidad, potenciando su concentración y delimitando zonas de actuación específica para su mejora”); igualmente, en su apartado g (“integración en el tejido comercial urbano, especialmente en los espacios comerciales existentes”).

Las modificaciones en comercio ambulante también merecen cierta atención, dado que sus cifras económicas en Andalucía son más que significativas (25.000 comerciantes registrados). Se mantiene la exigencia de autorización en este sector, invocando el dominio público como título de intervención, amén de otras imperiosas razones de interés general (orden público, protección de los consumidores, protección civil, salud pública, protección de los destinatarios de los servicios, del medio ambiente y del entorno urbano). Este planteamiento sintoniza con el de la Ley estatal, pero podría mantenerse la duda de si los objetivos perseguidos por el control previo no podrían alcanzarse igualmente con

¹⁹ Vid. MERINO ESTRADA, Valentín, “Los nuevos regímenes de autorizaciones comerciales y la autonomía local”, *Revista de Estudios Locales*, núm.127, Febrero 2010. RIVERO ORTEGA, Ricardo, “La libertad de comercio”, *Actas del Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, San Fernando, Febrero 2010.

²⁰ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Repercusiones económicas de la transposición de la Directiva de Servicios: en especial, su impacto en el sector comercio”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2011.

controles posteriores, al margen de la necesidad de reformar la normativa reguladora del dominio público para poder eliminar la exigencia de autorización, por supuesto²¹.

Más allá del comercio, conviene detenerse por su importancia estratégica en la reforma sobre el sector turístico, donde la opción predominante –también en Andalucía– parece haber sido la de sustituir las autorizaciones administrativas por declaraciones responsables. Digo que parece haber sido porque aunque así lo proclama la Exposición de Motivos de la Ley andaluza de transposición, y parece reflejarse en la nueva redacción del artículo 28 de la Ley de Turismo de Andalucía (“Libertad de establecimiento y de prestación de los servicios turísticos”) la exigencia de una clasificación y su procedimiento aproximan en sus efectos sobremanera el presunto régimen de declaración responsable a los típicos esquemas autorizatorios, demostrando en la práctica las numerosas incógnitas manifestadas por la doctrina sobre el desenvolvimiento de figuras no tan nuevas que tienden a confundirse con las más tradicionales²².

El 31 bis se proyecta tanto sobre la construcción como sobre la ampliación o reforma de un establecimiento turístico. Para cualquiera de estas operaciones, amén de la preceptiva licencia municipal de obras (que eventualmente ahora también habría que replantear), se debe presentar una primera declaración responsable que el Ayuntamiento remite a la Consejería competente de la Administración autonómica para que ésta, en el plazo de un mes, pueda reformular en su caso la clasificación pretendida. Al respecto se dice que “Transcurrido el plazo señalado...sin que la Consejería hubiera comunicado o notificado objeciones se considerará conforme con el proyecto”. Una vez finalizadas las obras, se hace preciso presentar una nueva declaración responsable sobre la adecuación de las mismas a la clasificación requerida. Nos encontramos, pues, ante dos declaraciones responsables superpuestas, la primera de las cuales además contempla la necesidad de esperar un mes una respuesta, una lógica difícilmente compatible con la figura misma.

No sólo el nuevo artículo 31bis de la nueva Ley de Turismo, que contempla la consabida clasificación, sino también el 35, sobre inscripción en base a

²¹ Vid. SOLA TEYSSEIRE, Javier, “Notas sobre la ordenación legal de la venta ambulante”, Revista CIE, 1986. Del mismo autor, *Evolución histórica de la intervención administrativa sobre el comercio interior y la libertad de empresa comercial*, Universidad de Sevilla, 2001.

²² Vid. NUÑEZ LOZANO, Carmen, “Autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, *Noticias de la Unión Europea*, Junio 2011.

una declaración responsable, demuestran un mantenimiento del *status quo* de la intervención administrativa previa considerable. Muy pocos prestadores se ven realmente beneficiados por la relativa desaparición de tales controles, que seguirán protagonizando (aunque ya no con el nombre de autorizaciones) las intervenciones administrativas sobre el sector turístico.

No puede decirse sin embargo que el legislador andaluz no desee extraer consecuencias de la transposición de la Directiva de Servicios, pues ha extendido sus proyecciones más allá de las normas sectoriales referenciadas, alcanzando también al régimen local autonómico (algo que pocas Comunidades Autónomas han hecho de momento, salvo Andalucía y Navarra). La LAULA (Ley de Autonomía Local de Andalucía), con voluntad de realizar los principios de buena regulación del Derecho europeo, se anticipa a medidas que después encontramos en la Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011. Pero en el ámbito local la reforma de las ordenanzas sigue suscitando numerosas dudas y generará también controversias. La coordinación mediante un grupo de trabajo integrado por representantes de la Junta de Andalucía y las Diputaciones Provinciales para catalogar las ordenanzas necesitadas de cambios y proponer sus reformas concretas no parece haber sido suficiente.

IV. MEDIDAS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

La Directiva de Servicios no sólo exige revisar los procedimientos autorizatorios para, caso de ser desproporcionados, sustituirlos por técnicas de intervención menos gravosas de las libertades económicas. También propone una reconsideración de los procedimientos administrativos para mejorar su rendimiento evitando los excesivos costes que tienen que soportar las empresas²³. Estos propósitos se traducen en medidas como la reducción de plazos, la descarga burocrática y la realización de trámites por vía telemática, que son tan importantes para cumplir la Directiva de Servicios como las reformas puntuales de la regulación sectorial²⁴.

²³ Vid. VILLAREJO GALENDE, Helena, "Simplificación administrativa al servicio del mercado interior" en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, 2009, MELLADO RUIZ, Lorenzo, "Directiva de Servicios y simplificación administrativa", *Revista Noticias de la Unión Europea*, 2011.

²⁴ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Simplificación administrativa y descarga burocrática: objetivos pendientes de la transposición de la Directiva de Servicios", *Revista Catalana de Derecho Público*, Junio 2011.

El Plan de medidas de simplificación de procedimientos administrativos y agilización de los trámites de la Junta de Andalucía de enero de 2009 se propuso reducir a la mitad los tiempos en aquellos procedimientos de duración superior a los seis meses, un plazo extraordinariamente largo superado en muchos casos por previsiones de duración de más de un año. Poco posterior a este plan es el Decreto-Ley 1/2009, de 24 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes de carácter administrativo.

La Orden de 22 de febrero de 2010 modifica diversas órdenes anteriores para su adaptación al Plan de Medidas de Simplificación de Procedimientos Administrativos y Agilización de Trámites. Pocos días después se publica el Manual de Simplificación Administrativa y Agilización de Trámites de la Administración de la Junta de Andalucía.

Posteriormente se aprueba el Decreto-Ley 7/2010, de 28 de diciembre, de medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Una decisión del Gobierno andaluz que afirma perseverar en las medidas anteriores: “El presente Decreto-Ley viene a profundizar en la aplicación de los principios que inspiran la Directiva, extendiendo su alcance a todos los sectores económicos”.

Entre las medidas de agilización, se incluye la previsión de un procedimiento urgente para la tramitación de los proyectos que sean calificados como de interés estratégico para Andalucía. Pero más importancia pueden tener, por su carácter general, las medidas previstas para facilitar la actividad de las pequeñas y medianas empresas (Pymes), consistentes en la sustitución de autorizaciones por declaraciones responsables y comunicaciones previas, en una línea anticipada también por la Directiva de Servicios que este Decreto-Ley extiende más allá de su ámbito de aplicación, como antes hizo con su autodenominado “enfoque ambicioso” el Gobierno de España.

Deteniéndonos en el articulado concreto, para los proyectos de interés estratégico se contempla una reducción a la mitad de los plazos de tramitación, en una línea avanzada por otras Comunidades Autónomas (v.gr., Aragón) que por cierto poco añade a las posibilidades ya previstas en la normativa común de procedimiento administrativo (tramitación urgente). En nuestro Derecho se echa en falta una reconsideración de los plazos con carácter general, más allá del lugar común de que los proyectos especialmente importantes, por crear empleo y riqueza, debieran tramitarse con rapi-

dez²⁵. Decir que se reducen a la mitad los plazos en estos proyectos no supone añadir nada a lo que antes podía hacerse con el sentido común y la Ley 30/92 en la mano.

Similar conclusión cabe extraer, la verdad, en torno a las previsiones del Capítulo III de este Decreto-Ley, dedicado a las llamadas “medidas de simplificación y mejora de la regulación”. En sus artículos 13 y 14 se formulan sendas definiciones de declaración responsable y comunicación previa poco más detalladas que las incorporadas a la Ley 30/92 en la reforma efectuada mediante la llamada Ley Omnibus (Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio). No es extraño, aunque sí pone en evidencia al poder normativo andaluz, que la Disposición adicional segunda del Decreto-Ley confiese que “Los artículos 13, 14 y 15 del presente Decreto-Ley reproducen parcialmente el artículo 71bis de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común...”.

Al fin, pues todo queda casi en nada, salvo la promesa recurrente de seguir trabajando en la misma dirección, que nos avanza la Disposición Adicional Primera del Decreto Ley, dedicada a un nuevo Plan de Reducción de Cargas Administrativas a las Empresas: “El Consejo de Gobierno aprobará un nuevo “Plan de Reducción de Cargas Administrativas a las Empresas”, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente norma, previa deliberación de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, que será elaborado en el marco del VII Acuerdo de Concertación Social de Andalucía por la Consejería competente en materia de Administración pública”.

¿Hacen falta otros seis meses para hacer lo que debiera haber hecho este Decreto-Ley? Esta forma de legislar, coincidente con la que ofrece la Ley de Economía Sostenible al problema del silencio administrativo, (hasta la aprobación del R.D.-Ley 8/2011) resulta frustrante, porque dice que quiere hacer lo que se reconoce que es necesario hacer, pero se deja para mañana lo que debiera hacerse hoy. A esto se le llama, cabalmente, procrastinación.

Se procrastina el cumplimiento de la Directiva de Servicios con el tenor de la Disposición Final Primera, dedicada a la adaptación de los procedimientos,

²⁵ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Principio de celeridad”, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.

que es donde se encuentra la clave de los plazos previsibles para la verdadera incorporación de los principios y técnicas de la norma europea al Ordenamiento andaluz de rango reglamentario. En el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Decreto-Ley (nos situamos en marzo de 2011), las consejerías competentes elevarán a la Comisión Delegada para Asuntos Económicos las propuestas de adaptación. Y después, en el plazo de seis meses desde la aprobación de la Comisión Delegada (nos situamos, pues, casi a finales de 2011) el Consejo de Gobierno aprobará los decretos o proyectos de Ley. Es decir, las normas se adaptarán a la Directiva dos años después de la finalización del plazo de transposición. Y esto lo dice una medida de agilización de los procedimientos administrativos.

No cambia demasiado esta crítica la posterior aprobación del 80/2010, de 30 de marzo, de simplificación de trámites administrativos y de modificación de diversos decretos para su adaptación al Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Básicamente se centra la modificación en el sector turístico (“la actividad del sector servicios con mayor importancia a nivel económico y de empleo total en Andalucía, constituyendo un recurso de primer orden en constante dinamismo”).

Así, se modifican el Decreto 20/2010, de 29 de enero, de Turismo en el Medio Rural y Turismo Activo; el Decreto 202/2002, de 16 de julio, de oficinas de turismo y de la Red de Oficinas de Turismo de Andalucía; el Decreto 214/2002, de 30 de julio, regulador de los guías de turismo de Andalucía; el Decreto 301/2002, de 17 de diciembre, de agencias de viajes y centrales de reservas; el Decreto 164/2003, de 17 de junio, de ordenación de los campamentos de turismo; el Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de establecimientos hosteleros; el Decreto 35/2008, de 5 de febrero, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía; y el Decreto 43/2008, de 12 de febrero, regulador de las condiciones de implantación y funcionamiento de campos de golf en Andalucía.

Una reforma reglamentaria de alcance, pero no tan intensa en lo que se refiere en concreto a la llamada simplificación administrativa, traducible en el allanamiento de procedimientos y trámites²⁶.

²⁶ Vid. NEVADO-BATALLA, Pedro, “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio”, en RIVERO ORTEGA (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas*, 2010.

V. BALANCE: UN GRAN TRABAJO REALIZADO; MUCHO TRABAJO POR HACER

No sería justo sin embargo dejar de reconocer el esfuerzo reformador de leyes, reglamentos y procedimientos que los responsables de la Comunidad Autónoma de Andalucía han realizado a lo largo de los años 2009, 2010 y la primera mitad del año 2011 para realizar las exigencias y principios de la Directiva de Servicios. El impulso dado a esta tarea y sus resultados son más que considerables, como muestran las múltiples reformas expuestas.

En comparación con el resto de las Comunidades Autónomas, de hecho, Andalucía presenta muchos cumplimientos de las exigencias de la Directiva de Servicios de los que sus responsables pueden sentirse satisfechos, desde este punto de vista. Y los procedimientos utilizados para llevar a cabo la adaptación, alternando la figura del Decreto-Ley para cumplir los plazos, y la posterior tramitación como proyecto de Ley para permitir el debate, resultan en mi opinión correctos.

En este sentido, las formas de la transposición contrastan significativamente con las empleadas, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, donde recurriendo igualmente a la figura del Decreto-Ley, se rechazó de forma expresa en el Parlamento regional la petición de su tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia, para permitir un mayor debate sobre sus contenidos concretos²⁷.

Ahora bien, el proceso ha venido lastrado por desventajas similares a las observadas en el resto del territorio, comenzando por una estrategia de transposición “en cascada” liderada por el Ministerio de Economía y Hacienda que ha podido reducir el protagonismo de la muy relevante responsabilidad de las autoridades autonómicas²⁸.

Una muestra de la relativa desinformación y los problemas generados por la falta de un mayor énfasis anticipado en las exigencias de la Directiva, que hubiera quizás contribuido a la proactividad en el cumplimiento, nos lo da la

²⁷ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, “La transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León: valoración crítica de la estrategia de transposición y las medidas adoptadas”, en VICENTE BLANCO/RIVERO ORTEGA, 2010.

²⁸ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, “La transposición de la Directiva de Servicios en España”, en *Mercado europeo y reformas administrativas*, Cívitas, Madrid, 2010.

relación de leyes y reglamentos aprobados en la Comunidad Autónoma de Andalucía estando ya en vigor la norma europea: Ley 8/2007, de 5 de octubre, de Museos y Colecciones museográficas de Andalucía; Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía; 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; Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía; Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía.

Compensando en positivo, hay que decir que la Administración autonómica andaluza ofrece buenos resultados en lo referido a la implementación de la Administración electrónica, y particularmente cuando nos acercamos a la ventanilla única electrónica (www.eugo.es) y la información disponible. Entrar en este portal deja la impresión de lo constructivo que puede ser el proceso que se ha iniciado, a pesar de las deficiencias que pueden subsistir.

Una cuestión de gran importancia, por supuesto, es la relativa al grado de cumplimiento de las exigencias del Derecho europeo por parte de la reforma de la legislación comercial llevada a cabo en Andalucía, balance para el que contamos con una muy reciente Sentencia del Tribunal de Justicia, sobre la regulación comercial catalana, algunas de cuyas conclusiones serían también proyectables sobre la regulación andaluza. Toda vez que el Tribunal considera incompatible con el Derecho europeo prohibir la implantación de grandes superficies comerciales fuera de la trama urbana consolidada de varios municipios, y también declara la contravención del Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales por establecer limitaciones de política económica superpuestas a las urbanísticas, habrá que plantearse si una aplicación radical de los criterios de preferencia del nuevo Derecho comercial andaluz no podría llevar a resultados distintos a los considerados vulneradores de la libertad de establecimiento por el Tribunal de Justicia²⁹.

La cuestión, desde mi punto de vista, no está cerrada. Dependerá del diseño de la planificación comercial andaluza la insistencia o no en las condenas por violación del Derecho europeo. Y, más allá de esta cuestión jurídico-for-

²⁹ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Repercusiones económicas de la transposición de la Directiva de Servicios. Impacto sobre el sector comercial", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2011.

mal, también probablemente se producirán relevantes efectos del sesgo regulatorio por el que se opte sobre el desarrollo de la economía andaluza, dada la importancia del mercado interior para el progreso, que fue puesta de manifiesto brillantemente por Pedro ESCRIBANO COLLADO en un estudio ya clásico³⁰.

El sector clave del turismo, vital para la economía andaluza, explica una aceleración de las reformas reglamentarias, muchas de las cuales se producen en los primeros meses de 2010, con lo que no puede criticarse a Andalucía en este punto³¹. Todas las reformas autonómicas se han detenido también en este sector, uno de los más afectados por los cambios normativos, pero como se ha intentado mostrar en este trabajo, no todo lo que parecen cambios lo serán realmente si las declaraciones responsables representan un lastre burocrático tan intenso como las autorizaciones, con el agravante de ser más inseguras³².

Aún en abril de 2011, un informe presentado por la Escuela Andaluza de Economía reflejaba críticas a los frenos administrativos de la actividad empresarial, achacándose el 77% del papeleo a los procedimientos autorizatorios y las tasas y precios públicos asociados a los mismos. Este mismo estudio ponía de manifiesto la aceptación positiva de la tramitación *on-line* de los procedimientos frente a la existencia de ventanillas únicas (físicas, se entiende)³³.

Algunos entes locales andaluces están recurriendo a todo tipo de subterfugios para mantener la exigencia licencias en ámbitos que podrían ser afectados por la Directiva, y últimamente también por la Ley de Economía Sostenible. La propuesta de modificación de ordenanzas promovida por la Federación Andaluza de Municipios y Provincias no evita estas malas prácticas, en contraste con iniciativas individuales que nos demuestran hasta qué punto pueden ser buenas las propuestas andaluzas, poniendo a disposición de cualquier inte-

³⁰ ESCRIBANO COLLADO, Pedro, *El fomento del comercio interior*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1978.

³¹ Vid. MELGOSA ARCOS, Javier, "Directiva de Servicios y Turismo: aproximación a la incidencia de la Directiva de Servicios en el marco jurídico del turismo español", *Noticias Unión Europea*, Junio 2011.

³² Vid. BERMEJO VERA, José/ESCARTÍN ESCUDÉ, Vicente, "El impacto de la Directiva de Servicios en el sector del turismo", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm.12, 2011.

³³ Vid. *Diario Negocio*, 10 de abril de 2011.

resado modelos de formularios para declaraciones responsables y comunicaciones previas, una tarea que todavía no han realizado muchas organizaciones públicas con la obligación de hacerlo³⁴.

La autoevaluación y evaluación crítica externa de lo que se ha hecho y sigue siendo necesario continuar haciendo es reconocida por otro lado por el propio Estado, más allá ahora de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como demuestra la muy reciente Orden del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública de 17 de marzo de 2011, por la que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2011 por el que se aprueban los programas y políticas públicas que serán objeto de evaluación por la Agencia Estatal de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios en 2011.

Entre estos programas y políticas, se incluye una evaluación sobre las trabas administrativas para la creación de empresas, reconociendo que “parece conveniente realizar una nueva evaluación que se centre en el análisis de los efectos de las diferentes medidas implementadas, y en especial los debidos a las modificaciones derivadas de la transposición e implementación de la Directiva de Servicios, así como en el diagnóstico sobre las principales diferencias regulatorias y procedimentales existentes en los distintos ámbitos territoriales y sus efectos sobre la unidad de mercado”. Que a renglón seguido también se contemple la encomienda a la Agencia para la elaboración de un informe relativo a las posibles duplicidades, solapamientos e ineficiencias del Estado Autonomo resulta a mi modo de ver sumamente elocuente, demostrándonos una vez más la necesidad de no incurrir en la autocomplacencia institucional en un mundo que evoluciona muy rápido, también en lo económico, planteándonos constantemente nuevos desafíos.

La Administración autonómica de Andalucía puede asumirlos, como sus entes locales, porque cumplir plenamente la Directiva de Servicios no es una carga, sino la oportunidad de ponerse a la altura de las circunstancias y exigencias europeas, mejorando nuestro Derecho administrativo³⁵.

³⁴ BULLEJOS CALVO, Carlos, “Aplicación práctica de la Directiva de Servicios en las Ordenanzas locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3, Abril-Junio 2009.

³⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2007).

La transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Andalucía: Declaraciones responsables y comunicaciones a la Administración*

María del Carmen Núñez Lozano

Prof. Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN GENERAL, EN EL ÁMBITO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS, DE LAS DECLARACIONES RESPONSABLES Y COMUNICACIONES PREVIAS. III. COMERCIO. 1. La Ley del Comercio Interior de Andalucía. 2. Las ferias comerciales oficiales de Andalucía. IV. TURISMO. V. MUSEOS Y COLECCIONES MUSEOGRÁFICAS DE ANDALUCÍA. VI. CARRETERAS. VII. MEDIO AMBIENTE. 1. Las reformas llevadas a cabo por el Decreto-Ley 3/2009. 2. Parques naturales y espacios forestales. 3. Autorización ambiental unificada. 4. Aguas. 5. Organismos modificados genéticamente. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La transposición de la Directiva de Servicios ha traído consigo un cambio de enfoque en el control administrativo de las actividades privadas. Entre sus manifestaciones más sobresalientes se encuentra la supresión tanto de controles preventivos como de títulos administrativos habilitantes, fenómenos que no son equivalentes ni, por tanto, necesariamente coincidentes. Este artículo analiza los supuestos de declaraciones responsables y de comunicaciones que, en el contexto de la fase de transposición y con posterioridad, se han introducido en el Derecho de Andalucía.

(*) Estudio elaborado en el marco del Proyecto “Nuevos modelos y métodos de regulación y gobernanza en Europa. Perspectiva pluridisciplinar y comparada” (Ministerio de Ciencia e Innovación, DER2008-03266/JUR).

Palabras clave:

Directiva de Servicios; control administrativo de actividades; declaraciones responsables; comunicaciones.

ABSTRACT

The transposition of the Services Directive has brought about a change of approach in the administrative control of private activities. Among its most outstanding is the partial elimination of two types of controls, the preventive ones and the individual authorization schemes, that are not equivalent and therefore not necessarily coincident. This article examines the cases of responsible declarations and previous communications introduced in the Law of Andalusia in the context of the transposition phase and after it.

Keywords:

Services Directive; administrative control of private activities; responsible declarations; previous communications.

I. INTRODUCCIÓN

La transposición de 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, conocida como Directiva de Servicios, ha traído consigo una amplia modificación del Ordenamiento jurídico español¹. En Andalucía, la adaptación de la normativa de rango legal ha tenido lugar mediante el Decreto Ley 3/2009, de 22 de diciembre, convalidado y tramitado como proyecto de Ley, del que trae causa por tanto la Ley 3/2010². Con posterioridad, se han refor-

¹ Como es sabido, el legislador estatal ha optado por aprovechar el impulso de la transposición para acometer una renovación más profunda de nuestro Derecho, de manera que no se ha limitado a la sola adaptación a la Directiva sino que, parafraseando a la Exposición de Motivos de la Ley 25/2009, ha querido “extender los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva”. En la medida en que ello ha tenido lugar en el ejercicio de competencias básicas transversales, la opción estatal ha provocado la completa revisión del Derecho español; al respecto resulta decisivo, principalmente, el art. 39.bis.1 LRJAP.

² En lo sucesivo citaré las reformas introducidas por referencia al Decreto-Ley. Éste modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía, la Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante, la Ley 3/1992, de 22 de octubre, de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía, la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo, la Ley 8/2007, de 5 de octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, la Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de An-

mado diversos reglamentos del ámbito del turismo para ajustarlos a la nueva ordenación; también se ha modificado el Reglamento Forestal de Andalucía y se ha procedido a la regulación de los usos y actividades en los parques naturales, en ambos casos con el enfoque que postula la Directiva. En las páginas que siguen se analizarán estas reformas en lo que a las declaraciones responsables y comunicaciones previas concierne, aunque también me ocuparé de las que introduce la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía, de algunos aspectos del desarrollo reglamentario de la autorización ambiental unificada (Decreto 356/2010) y de la escasa y deficiente atención que ha merecido la comunicación previa con potestad de veto en el Decreto 320/2010, de 29 de junio, que regula los órganos competentes y los procedimientos administrativos en materia de utilización confinada y liberación voluntaria de organismos modificados genéticamente³. Para todo ello adoptaré como hilo conductor el

Andalucía, la Ley 2/1986, de 19 de abril, de Juegos y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, 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, la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía, la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de espacios naturales protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección, la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, la Ley 5/1999, de 29 de junio, de Prevención y Lucha contra los incendios forestales, la Ley 8/1999, de 27 de octubre, de Régimen Jurídico del Espacio Natural de Doñana y la Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y la Fauna Silvestre.

³ Otras disposiciones aprobadas en los últimos meses utilizan la expresión “declaraciones responsables” para referirse a lo que tradicionalmente se han denominado “declaraciones juradas”. No son auténticas declaraciones responsables, puesto que simplemente sustituyen la presentación de una determinada documentación o pruebas. *Vid.* por ejemplo la Orden de 13 de abril de 2010, por la que se regulan las condiciones para el reconocimiento y constitución de las Agrupaciones de Defensa Sanitaria Ganadera y sus Federaciones, y las ayudas a las mismas; la Orden de 23 de marzo de 2010, por la que se regula el Registro de Establecimientos de Alimentación Animal de Andalucía y se desarrollan las normas para la autorización y el registro de los mismos; el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la protección de la calidad del cielo nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética; y el Decreto 15/2011, de 1 de febrero, por el que se establece el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales y se aprueban medidas de agilización de procedimientos administrativos, que prevé que las solicitudes de autorizaciones y las comunicaciones previas con potestad de veto puedan presentarse acompañadas de declaraciones responsables (por Orden de 11 de marzo de 2011 se han aprobado los modelos normalizados de solicitud de autorización y comunicación previa para la realización de determinadas actuaciones en los parques naturales de la Comunidad Autónoma).

Tampoco es una auténtica declaración responsable la prevista en el art. 14.1 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía; en este caso la mal denominada “declaración responsable” es un

análisis por sectores, si bien con carácter previo examinaré brevemente el Decreto–Ley 7/2010, de 28 de diciembre, de medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que contiene una sintética regulación, parcialmente transversal (ceñida a las actividades económicas), de las declaraciones responsables y comunicaciones previas.

II. LA REGULACIÓN GENERAL, EN EL ÁMBITO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS, DE LAS DECLARACIONES RESPONSABLES Y COMUNICACIONES PREVIAS

El Decreto–Ley 7/2010 establece, en lo que aquí nos interesa, una serie de medidas encaminadas a la simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas. En este contexto, aborda la regulación de las declaraciones responsables y comunicaciones previas, si bien limitada a las que conciernen a la puesta en marcha de una actividad empresarial o profesional, reproduciendo para ello parcialmente el art. 71.bis de la Ley 30/1992 (LRJAP). Pero también introduce matices y contenidos novedosos, que son los que aquí se van a examinar.

Así, contempla que se pueda exigir, junto con la declaración responsable, la presentación de documentación (la estrictamente necesaria que se requiera), de manera que en el Derecho de Andalucía, y al menos para las actividades empresariales y profesionales, la distinción entre declaraciones responsables y comunicaciones no radica en la presentación de documentación⁴ (art. 13.2). Por otra parte, define la comunicación previa, en términos más gráficos que el legislador estatal, como “el documento por el que la persona que pretenda ponerla en marcha, o quien legalmente la represente, pone en conocimiento de la Administración Pública competente hechos o elementos relativos al inicio de una actividad, indicando los aspectos que puedan condicionar la misma y

vehículo para el suministro de información. *Vid.* LÓPEZ MENUDO, Francisco. “La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: El régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa” en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm 14, 2010, p. 126 nota n° 43.

⁴ Me remito para esta cuestión a lo escrito en el epígrafe tercero del estudio “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en prensa.

Como ya se ha indicado en nota anterior, en el Decreto 15/2011 y en la Orden de la Consejería de Medio Ambiente de 11 de marzo de 2011 se prevé la presentación de una comunica-

acompañándola, en su caso, de cuantos documentos sean necesarios para el cumplimiento de lo establecido en la normativa correspondiente” (art. 14.1). Interesa destacar que no se hace ninguna referencia a la posibilidad de presentar la comunicación o la declaración *a posteriori*, lo que a mi juicio no entraña una proscripción de tal posibilidad⁵.

Se prescinde de cualquier alusión al reconocimiento de derechos como efecto de la presentación de declaraciones responsables y comunicaciones previas (art. 71.bis.3 LRJAP), lo que en mi opinión es un acierto⁶. A tenor del art. 15.1, la presentación de una y otra “faculta a la correspondiente administración pública para comprobar, en cualquier momento, la veracidad de todos los documentos, datos y cumplimiento de los requisitos, por cualquier medio admitido en derecho”. El Decreto-Ley, como se aprecia, se expresa en términos distintos que el art. 71.bis.3 LRJAP, puesto que éste pone el acento en los efectos que de la presentación se derivan para el interesado, “sin perjuicio de las facultades” de la Administración; en el art. 15.1, en cambio, se trae a primer plano el control de la Administración y se utiliza el verbo “facultar”⁷. Ambos preceptos deben interpretarse, no obstante, en el sentido de que la Administración cuenta con una potestad-función y no con una simple facultad.

Por último, el art. 15.4 introduce una previsión ciertamente sorprendente: “en cualquier caso, la presentación de una declaración responsable cuyos datos se comprueben falsos o inexactos, comportarán, previo expediente con audiencia de la persona interesada, el no poder iniciar otra actividad con el mismo objeto durante al menos un año”. En mi opinión, se trata de una medida sancionadora, máxime teniendo en cuenta que el ejercicio del derecho o de la

ción previa acompañada de una declaración responsable. Ésta, la declaración, acompaña también a las solicitudes de autorizaciones. En ambos casos, la declaración responsable sustituye a la presentación de documentación.

⁵ El art.71.bis.3 LRJAP confía a “la legislación correspondiente” la previsión de comunicaciones *a posteriori*. El Decreto-Ley 7/2010 no ha contemplado con carácter general, para las actividades económicas, esta opción; no obstante, en la reforma de la Ley del Comercio Interior sí se ha introducido un supuesto.

⁶ Como ya he tenido ocasión de manifestar, “la LRJAP no resulta en este punto acertada, pues no tiene sentido que el titular de un derecho efectúe un acto de reconocimiento del mismo o que en virtud de un acto propio quede *ex lege* reconocido tal derecho; por otra parte, y porque no es preciso un título habilitante, el derecho que se quiere ejercitar deriva directamente y sin ninguna intermediación de la norma, en no pocas ocasiones, además, como manifestación de la básica posición de libertad de la ciudadanía” (epígrafe tercero del estudio “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en prensa).

⁷ No obstante, la redacción del art. 13.2 sí es más próxima a la del art. 71.bis3 LRJAP.

actividad no se supedita al otorgamiento de un título habilitante⁸. Y es además una consecuencia desproporcionada, que no sólo prescinde de la esencialidad de la falsedad o inexactitud sino que, además, desatiende la finalidad del reenvío que sobre este particular efectúa el art. 71.bis4 LRJAP⁹.

⁸ Vid. REBOLLO PUIG, Manuel, “El contenido de las sanciones”, en *Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, número extraordinario de *Justicia administrativa*, 2001, pp. 189 y ss.

⁹ El reenvío se contiene en el apartado segundo del precepto: “Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias [“la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa”] podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, *así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación*”. Como he escrito en otro lugar (epígrafe 5.2 del estudio “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en prensa), “cabe considerar que es un acierto que a la postre la LRJAP se haya limitado a efectuar el reenvío, porque en mi opinión es una consecuencia desproporcionada la prohibición de ejercicio del derecho o de la actividad cuando, sin más matices, concurren los presupuestos de hecho que recoge el artículo 71.bis.4 LRJAP. Tengamos en cuenta [...] que nos referimos a derechos y a actividades que se desarrollan como manifestación de la libertad, que no están supeditados a la obtención de un título de la Administración que habilite al efecto... y que la inexactitud, falsedad u omisión, por muy esencial que sea, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración de las mismas, no significan, necesariamente, que la actividad o el derecho se estén ejercitando en contra de lo que prescribe el Ordenamiento. Estas conductas *per se* irregulares e ilícitas ciertamente merecen una sanción por el valor disuasorio de la medida, para incentivar que las declaraciones y las comunicaciones sean veraces y que efectivamente se presenten; pero cuestión distinta es el que tal sanción haya de ser la prohibición temporal del ejercicio del derecho o de la actividad. Esta decisión es la que corresponde al legislador sectorial, que habrá de ponderar los derechos y actividades cuyo ejercicio se sujeta a declaración o a comunicación, los bienes jurídicos afectados, los daños potenciales que se pueden producir si las declaraciones y comunicaciones no se presentan y se evita así el control de la Administración o éste se dificulta mediante la consignación de inexactitudes, datos falsos, etc.”.

En favor del precepto debe destacarse la mención expresa a la tramitación de un expediente con audiencia de la persona interesada. Vid. LÓPEZ MENUDO, Francisco (2010): 145-146.

III. COMERCIO

De las reformas que ha llevado a cabo el Decreto Ley 3/2009 en el sector comercial, nos interesan las experimentadas por la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía (LCI)¹⁰ y por la Ley 3/1992, de 22 de octubre, de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía.

1. La Ley del Comercio Interior de Andalucía

Antes de la reforma, la LCI imponía a los comerciantes incluidos en su ámbito de aplicación la inscripción en el Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía (art. 6.2)¹¹. Tal inscripción debía tener lugar antes del inicio de la actividad comercial (art. 10.2), tipificándose como infracción leve (art. 91.f) o grave (art. 92.g) el incumplimiento de esta obligación. La LCI recogía cuatro supuestos concretos de comunicaciones: las relativas al cese de la actividad y a las modificaciones sobrevenidas de datos que constaran en el Registro (art. 10.2); la comunicación previa, con diez días de antelación, de la venta en pública subasta realizada de modo ocasional (art. 66); y la comunicación previa, también con diez días de antelación, de ventas en liquidación (art. 85.4, que obligaba a exhibir en un lugar visible del establecimiento comercial una copia de la comunicación efectuada, debidamente sellada¹²); los incumplimientos constituían falta leve (art. 91 c).

Tras la reforma, se ha suprimido el párrafo segundo del art. 6, que establecía la obligación de figurar inscrito en el Registro, pero no este último, que continúa cumpliendo las mismas funciones (art. 10.2). En realidad, los que ejercen la actividad comercial han de figurar en el Registro igual que antaño; lo que sucede es que la inscripción se realiza ahora de oficio tras la recepción de la comunicación *a posteriori* que exige la LCI con carácter general (art. 10.3

¹⁰ Sin duda, es la nueva licencia municipal de obras de gran superficie minorista la que ha acaparado la mayor atención; evidentemente, la reforma de la LCI era imprescindible, como tempranamente indicó ORTIZ DE TENA, María del Carmen, "La licencia comercial para la instalación de los grandes establecimientos comerciales en Andalucía", *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 66, 2007, pp. 45 ss.

¹¹ El reglamento podía establecer excepciones (*cf.* el art. 10.3).

¹² Esta obligación específica persiste hoy.

y 5)¹³; por consiguiente, lo que se ha suprimido no es la inscripción registral, sino el régimen de autorización que comportaba¹⁴. El inicio de la actividad, pues, no está vinculado a la inscripción; de hecho, puede iniciarse la actividad y efectuar la comunicación más adelante, en un plazo de hasta tres meses¹⁵.

Se mantienen, por demás, las comunicaciones que inicialmente preveía la LCI: las concernientes a la finalización de la actividad y a las modificaciones que tengan lugar hasta que llegue ese momento último, comunicaciones que son *a posteriori* y para las que se cuenta con un plazo de tres meses (art. 10.3); la comunicación previa, con diez días de antelación, de las ventas en liquidación (art. 77.4); y la comunicación previa, con diez días de antelación, para la ven-

¹³ Con la salvedad del comercio ambulante, para el que se exige autorización y que se regula separadamente en la Ley 9/1988, de 25 de noviembre. *Vid.* además la referencia a las grandes superficies minoristas y a las ferias comerciales oficiales (siguiente nota a pie de página y siguiente epígrafe, respectivamente).

¹⁴ Presenta peculiaridades la inscripción de las grandes superficies minoristas, pues de suyo se encuentran sujetas a un régimen de autorización específico por razón de la actividad (ésta es, en mi opinión, la naturaleza de la “licencia municipal de obras de gran superficie minorista”); en este supuesto, el Ayuntamiento debe comunicar al Registro el otorgamiento de la licencia municipal de obras en el plazo máximo de diez días desde su notificación al interesado (art. 10.4); la LCI no señala si el titular de la gran superficie minorista debe también efectuar la comunicación que nos ocupa (la prevista en el art. 10.3) una vez que haya iniciado la actividad, aunque esto, en mi opinión, resulta un tanto irrelevante desde el momento en que nos encontramos ante un régimen de autorización; la comunicación, en este supuesto, cumpliría la misma función que en los demás casos (informar a la Administración de que la actividad se ha iniciado a los efectos de su control posterior), pero no cabe duda de que, en ausencia ahora de un plazo perentorio para el inicio de la actividad tras la obtención de la licencia (*vid.* el art. 40 LCI antes de la reforma), su funcionalidad queda absorbida por la necesidad de contar con el título habilitante que supone la licencia de obras específica de este ámbito. Como nota curiosa, no podemos dejar de llamar la atención acerca de la tipificación como infracción leve de la omisión de la comunicación por parte del Ayuntamiento (art. 83.f); la delimitación de las personas responsables que efectúa el art. 80 desactiva, sin embargo, la previsión sancionadora. Realmente, no deja de sorprender la capacidad creativa de las normas.

¹⁵ Interesa reseñar que la supresión del deber de figurar inscrito en el Registro con carácter previo al inicio de la actividad no implica el que la comunicación deba ser necesariamente *a posteriori*: como después veremos al analizar el sector del turismo, es perfectamente compatible con la Directiva de Servicios la configuración de un régimen de inscripción de oficio a partir de la presentación de una comunicación previa sin potestad de veto, con posibilidad por tanto de dar inicio inmediato a la actividad e independientemente del momento en que tenga lugar de modo efectivo la inscripción. Lo que sí resulta incompatible es el diseño de un régimen de inscripción registral que opere como un régimen de autorización.

ta en pública subasta realizada de manera ocasional (art. 58). La justificación de la comunicación previa de las ventas en liquidación puede resultar hoy día dudosa, ya que la finalidad pretendida (el control de la concurrencia de los requisitos que recogen los arts. 76 ss.) puede satisfacerse con un régimen de simple comunicación, sin plazo previo de presentación, máxime cuando el incumplimiento de los requisitos de estas ventas constituye, en su gran mayoría, infracción grave (art. 84.i.)¹⁶, de manera que se cuenta con un importante factor disuasorio de posibles ilegalidades. En el caso de las subastas, sí parece razonable la previsión de un plazo previo de diez días, puesto que se trata de una actividad de tracto único que se ejerce ocasionalmente.

En mi opinión, las modificaciones introducidas en esta materia cumplen sin duda las exigencias de la Directiva de Servicios: el trámite de la inscripción registral no demora en modo alguno el ejercicio de las actividades y, a la par, la comunicación facilita el ejercicio del control administrativo; tan solo podría discutirse, acaso, si no es un plazo en exceso dilatado el de los tres meses con que se cuenta para efectuar la comunicación. Ha de notarse que, en realidad, el ejercicio de la actividad comercial *per se* no es el objeto del control administrativo¹⁷, sino que éste atiende, en virtud de una pluralidad de títulos distintos, a la serie de bienes jurídicos que pueden resultar afectados con ocasión de su ejercicio (protección y defensa de los consumidores, de la salud y de la seguridad en general, la defensa de la competencia, el cumplimiento de los deberes tributarios, etc.). De ahí que esta comunicación *a posteriori*, con ulterior inscripción registral de oficio, sea un instrumento idóneo para la finalidad que en este caso se pretende satisfacer, que es la de facilitar el conocimiento del ejercicio de la actividad en orden a posibilitar el control administrativo o, mejor dicho, la variedad de controles administrativos. Por ello, la omisión de la comunicación sólo constituye infracción leve (art. 83.f LCI), ya que: 1) la ausencia de comunicación no tiene por qué entrañar otros cumplimientos; si estos existen, pueden sancionarse con arreglo a sus previsiones específicas; 2) la finalidad que cumple la comunicación ya está satisfecha, puesto que si la Administración sanciona es porque conoce el efectivo ejercicio de la actividad comercial; 3) se trata de un deber formal, en la medida en que el Ordenamiento consiente el

¹⁶ Obviamente, si se optara por una modificación de la LCI para suprimir el plazo previo de presentación de la comunicación, podría también revisarse el art. 84.i) para completar el elenco de infracciones graves. Por cierto que sería una buena ocasión para reajustar las remisiones y citas de preceptos que se contienen en determinados artículos, pues habiéndose alterado la numeración de los mismos, no se han corregido aquéllas.

¹⁷ Salvo en el caso de las grandes superficies comerciales.

ejercicio de la actividad durante un plazo de hasta tres meses sin que haya tenido lugar la comunicación.

2. Las ferias comerciales oficiales de Andalucía

El Decreto-Ley 3/2009 modifica todos y cada uno de los artículos de la Ley 3/1992, de 22 de octubre, de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía, para suprimir las importantes restricciones y limitaciones que albergaba su primera redacción. Antes de analizar la reforma producida, conviene efectuar unas precisiones sobre la materia que regula la Ley.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la organización de una feria comercial o de una muestra es una actividad “libre” en el Derecho de Andalucía. La Ley 3/1992, en su versión original y ahora también, sólo se ocupa de las ferias comerciales oficiales, esto es, las ferias comerciales que ostentan la mención de “oficial”. El carácter oficial de una feria no implica ni ha implicado nunca la reserva a la Administración de la actividad de organización de esta clase de certámenes (las ferias comerciales); de ahí que la organización de las ferias comerciales oficiales por entidades distintas de la Administración no haya sido, ni sea, una modalidad de gestión indirecta de un servicio de titularidad pública. En este sentido, afirma la Exposición de Motivos que la Ley “parte del principio constitucional de libre empresa permitiendo todo tipo de iniciativas organizadoras de actividades feriales”.

La razón de ser la categoría de “ferias comerciales oficiales” se vincula a la actividad de fomento. La finalidad última que se persigue con la distinción de ferias comerciales oficiales frente a las que no lo son es ostentar un título de intervención encaminado a que Andalucía pueda, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley, “convertirse en un gran foco de atracción ferial, en lugar privilegiado de encuentro de compradores y vendedores”; y para ello se establece “el marco legal necesario para que las ferias comerciales puedan cumplir las funciones que les corresponden, algunas tan decisivas como la mejora del sistema distributivo, ser un instrumento básico en la movilización de iniciativas económicas de interés social, ayudar a la expansión de los intercambios comerciales, dar mayor transparencia al mercado, promover y potenciar los bienes y servicios autóctonos, facilitar el acercamiento entre la oferta y la demanda, favorecer los contactos profesionales y difundir las innovaciones habidas en los diferentes sectores de la actividad comercial”.

Como se observa, se trata de apoyar la actividad comercial, el comercio de bienes y servicios. El objeto de la actividad de fomento no sería, en princi-

pio, la feria comercial oficial en sí misma considerada, sino la función que satisfacen las ferias comerciales como género. Para ello, se introduce la categoría de “ferias comerciales oficiales”, que son las que centran la atención de la Ley¹⁸ y que se traduce de modo directo en un expediente de racionalización de las muestras, como se deduce de la Exposición de Motivos que, en última instancia, cifra la finalidad de la Ley en “clarificar la situación ferial y facilitar la determinación de las líneas de ayuda y promoción”. De este modo, la distinción de ciertas ferias como oficiales, en los términos que seguidamente veremos, justifica la intervención administrativa, materializada en la aprobación de un calendario con efectos excluyentes en el ámbito concreto de las ferias oficiales y, en principio, en el otorgamiento de la ayuda y promoción que anuncia la Ley¹⁹. Ha de puntualizarse, empero, que en la versión original de la Ley no quedaba claro que no fuera la propia feria comercial oficial el objeto, *per se*, de la acción de fomento: su artículo 2.1, al precisar el concepto de feria comercial oficial “a los efectos de esta Ley”, ponía el acento en los beneficios concretos de la participación en una feria de estas características; por contraste, la actual redacción del art. 2.2 introduce una mención expresa a la calidad como razón de ser de la categoría de feria comercial oficial que, en mi opinión, ofrece mejor argumento para la intervención administrativa²⁰.

¹⁸ Según el art. 1 de la redacción original de la Ley, ésta “tiene por objeto regular la promoción, organización y ejecución de las ferias comerciales que con carácter oficial se celebren en Andalucía, así como la constitución, funcionamiento y control de sus entidades organizadoras”. En la actualidad, “tiene por objeto establecer las condiciones que rigen la organización, participación y reconocimiento de las ferias comerciales que se celebren con carácter de «Oficial» en Andalucía”.

¹⁹ Me parece importante subrayar que el Decreto-Ley 3/2009 modifica todos los artículos de la Ley. A resultas de la reforma, lo que queda de la Ley original es su “armadura” formal, la Exposición de Motivos, fragmentos concretos de artículos cuya nueva redacción es idéntica a la anterior y las disposiciones que cierran la Ley. En mi opinión, una reforma de tal calado hubiera merecido la promulgación de una nueva Ley cuya Exposición de Motivos pudiera cumplir la función que le es propia y en la que las disposiciones de cierre, por otra parte, se ajustaran a la nueva realidad de las ferias comerciales oficiales. Nótese que la parte renovada de la Ley no contiene referencias a medidas de ayuda a esta clase concreta de ferias comerciales, sino que tan sólo contempla “la promoción de las ferias comerciales oficiales cuya realización aconsejen los intereses generales de la Comunidad Autónoma” (art. 8.5).

²⁰ Art. 2.1 de la Ley en su redacción original: “A los efectos de esta Ley, son ferias comerciales oficiales, en lo sucesivo, ferias, aquellas muestras organizadas por entidad autorizada que, con carácter periódico y ánimo de permanencia, tengan por finalidad la exposición o muestra de bienes y servicios con objeto de favorecer su conocimiento y difusión así como promover contactos e intercambios comerciales, facilitar el acercamiento y difusión así como promover con-

Conforme a la versión inicial de la Ley, sólo podían organizar ferias comerciales oficiales, en principio²¹, las “instituciones feriales”, esto es, entidades organizadoras sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y constituidas con arreglo a las disposiciones de la Ley para la promoción, organización y ejecución de ferias comerciales, existiendo una reserva de la denominación “institución ferial” para las entidades reconocidas con arreglo a la Ley (art. 5). Este reconocimiento, que se hacía depender del cumplimiento de una serie de requisitos y que presuponía la aprobación por el Consejo de Gobierno de los estatutos de la entidad (art. 6), entrañaba lo que hoy, con arreglo a la Directiva de Servicios, se denomina “régimen de autorización”; de hecho, uno de los elementos integrantes del concepto legal de “feria comercial oficial” era el de estar la muestra organizada por una entidad *autorizada* (art. 2)²².

Cada feria comercial oficial, por otra parte, debía ser autorizada, reservándose así también la denominación de “feria comercial oficial” para las muestras autorizadas con arreglo a la Ley; para éstas –las muestras autorizadas– se podían utilizar también otras denominaciones, aunque siempre acompañadas del término “oficial” (art. 2.2). Ha de notarse que la celebración de una feria comercial no oficial no se sometía en la Ley a autorización; sólo era objeto de atención la que pretendiese ser oficial, que además era el único tipo de feria que podía organizar la institución ferial²³. De este modo, la feria comercial oficial –que era tal por haber sido así autorizada, organizada como regla general por una institución ferial que asimismo era tal “institución ferial” por haber sido autorizada conforme a la Ley– era la llamada a contar con líneas de apoyo y promoción, amén de la ventaja principal que suponía el figurar en un calendario público de efectos excluyentes.

tactos e intercambios”. Art. 2.2 vigente: “Son ferias comerciales oficiales las ferias comerciales que se celebren con arreglo a esta Ley y así sea reconocido por la Consejería competente en materia de comercio interior, en orden a asegurar su nivel de calidad y la coordinación de su calendario de celebración”.

²¹ *Vid.* la nota siguiente.

²² No obstante, y con carácter excepcional, podían realizar las funciones correspondientes a las Instituciones Feriales otras Entidades, ya fueran públicas o privadas. Pero también en este caso debían obtener previamente una autorización “especial” (así se calificaba) de la Consejería de Economía y Hacienda, conforme al procedimiento establecido en el art. 10 de la Ley (art. 5.2).

²³ Considero que, en la medida en que el art. 14.1.a) tipificaba como infracción muy grave “la celebración por las Instituciones Feriales de ferias sin la debida autorización”, y que sólo se sujetaban a autorización las oficiales, las instituciones de referencia sólo podían organizar esta clase de ferias.

Tal autorización tenía un fuerte componente discrecional; no se regulaban los requisitos para su obtención, pero sí se establecían una serie de factores que la Administración debía valorar en orden a resolver sobre su otorgamiento y, en particular, se apoderaba a ésta para establecer condiciones (art. 9.4)²⁴.

El régimen diseñado inicialmente por la Ley 3/1992 era, como se ha anticipado, restrictivo y con un alto grado de intervención administrativa, de manera que incluso se regulaban los órganos internos de la institución ferial y se preveía la asistencia de un representante de la Junta de Andalucía a las sesiones de uno de estos órganos, el comité ejecutivo (art. 7). Además de las autorizaciones ya referidas, la Ley contemplaba también la autorización para celebrar una feria comercial oficial fuera del ámbito de la provincia, que era la demarcación territorial que debía tener la institución ferial (art. 8.1).

El Decreto-Ley 3/2009, como se anunció, centra su atención en la feria comercial oficial en lugar de en la entidad organizadora de la misma, de modo que suprime la figura de la institución ferial y, con ello, el cúmulo de requisitos de índole subjetiva que se exigían para la organización de ferias comerciales oficiales. De este modo, sólo se requiere, para ser entidad organizadora de estas ferias, el contar con personalidad jurídica propia y disponer de un seguro de responsabilidad profesional (art. 5). Al respecto, las obligaciones que relaciona hoy el art. 6 no atañen a la entidad como tal sino a las ferias que organicen y en la medida en que se pretenda para las mismas la calificación de “oficial”. Por otra parte, y aunque el art. 9.2.a) contempla la inscripción de las entidades organizadoras en el Registro de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía²⁵, la misma no se hace depender de ningún requisito específico ni se articula tampoco un procedimiento singular para ello, puesto que tiene lugar de oficio. En realidad, el Registro se conforma como un instrumento al servicio de la Consejería competente en materia de comercio interior para facilitar el desempeño de sus cometidos²⁶: en este sentido ha de notarse que, puesto que no se exige ningún requisito subjetivo para ser entidad organizadora de feria

²⁴ Los factores eran: a) Impacto comercial e incidencia en el ámbito territorial de la feria; b) Repercusión en los intereses generales de los sectores afectados; c) Adecuación con el calendario oficial anual de ferias; d) Tradición y consolidación de la feria; e) Resultado y balance de ediciones anteriores; f) Nivel de participación previsto; g) Aquellos otros factores que permitan la evaluación objetiva de la solicitud presentada (art. 10.2).

²⁵ Se inscriben en el Registro las entidades organizadoras y las ferias comerciales reconocidas.

²⁶ De hecho, la anotación en el Registro que prevé la Ley en su redacción actual es la de las sanciones que se lleguen a imponer por las infracciones tipificadas en su capítulo VI.

comercial oficial y que se es entidad organizadora de feria comercial oficial en la medida en que se organiza una feria comercial que recibe el carácter de oficial, a la postre la inscripción de la que ahora trato sólo tiene como efecto informar de las entidades que han organizado o pretenden organizar una feria que haya merecido la condición de oficial²⁷.

Por lo que concierne a las ferias comerciales oficiales, ya no es precisa su autorización, exigiéndose en su lugar una declaración responsable que, en mi opinión, no tiene justificación alguna, como a continuación explicaré.

En la actualidad, el carácter oficial de una feria comercial debe ser reconocido por la Consejería competente en materia interior (art. 8.1); con este reconocimiento se persigue asegurar su nivel de calidad y la coordinación de su calendario de celebración (art. 2.2). Corresponde también a la Consejería la clasificación de la feria según los criterios de territorialidad y de oferta exhibida (art. 3). Y a fin de obtener el reconocimiento y la clasificación, debe presentarse una declaración responsable (arts. 3.3, 6.1 y 7.1).

Sólo a través de la declaración responsable, pues, se obtiene el reconocimiento de la feria comercial como oficial y, con el reconocimiento, la clasificación correspondiente. De este modo, cualquier entidad puede organizar ferias comerciales sin sujetarse a los requisitos que establece la Ley 3/1992; ahora bien, si se desea contar con el carácter de oficial y gozar de las ventajas que pueda llevar aparejada esta rúbrica, habrá de presentarse la declaración responsable, como con claridad se desprende del articulado de la Ley y, en particular, del art. 7.1. Ésta, la declaración, no se ordena al control de la actividad, sino que es el vehículo elegido para iniciar un procedimiento de reconocimiento de un determinado carácter que conlleva ciertas ventajas: presunción de calidad *ex* arts. 2.2 y 6.1; efecto excluyente *ex* arts. 7.2.d) y 8.3²⁸; reserva de espacios²⁹; y promoción *ex* art. 8.5.

²⁷ La referencia a las ferias futuras se explica porque la noticia de su celebración, a los efectos de conseguir la mención de oficial, se debe producir antes de la finalización del año anterior al de su celebración (art. 7.1, sobre el que después volveré)

²⁸ Ello es así porque el reconocimiento se opera mediante la publicación del calendario anual (art. 7.3). Aunque la Ley no lo dice expresamente, va de suyo que la inclusión en el calendario (o la confección del calendario) tendrá lugar en función de los criterios que se enumeran en el art. 7.2, uno de los cuáles es precisamente “la no coincidencia de una feria comercial oficial con otra de la misma clasificación” (letra d). Por ello, el reconocimiento de una feria comercial como oficial lleva aparejado el efecto de excluir de tal reconocimiento a cualquier otra feria coincidente.

²⁹ Los espacios para la celebración de una feria comercial, oficial o no, no tienen por qué ser

En efecto, la entidad organizadora debe presentar una declaración responsable en la que comunique la relación de “Ferias Comerciales Oficiales que vaya a organizar”³⁰, detallándose la clasificación, duración y periodicidad, así como información sobre dicha entidad organizadora (NIF, domicilio y datos profesionales), con objeto de garantizar la calidad necesaria del servicio ofrecido así como la seguridad de las personas y bienes presentes en la Feria Comercial Oficial. Aquellas ferias que no vengan indicadas en la declaración responsable no podrán obtener la condición de Ferias Comerciales Oficiales, y no se incluirán en el calendario correspondiente (arts. 4 y 6.1). Ha de observarse que la periodicidad no puede ser en principio inferior a un año (art. 4), lo que en mi opinión no debe interpretarse como una reserva de organización de la feria concernida a favor de la entidad organizadora y para ediciones sucesivas³¹, sino tan sólo como una autolimitación de la entidad organizadora³², de eficacia muy discutible por otra parte³³.

La declaración debe presentarse “antes de la finalización del año anterior al de celebración de las ferias comerciales para las que se solicita la oficialidad”; se prevé que su contenido y modelo se determinen a través de un reglamento (art. 7.1). La condición de feria comercial oficial se otorga mediante la publi-

de titularidad pública. No obstante, ésta parece ser la presunción de la Ley en el caso de las ferias comerciales oficiales, puesto que señala como una de las finalidades de la obligación de presentar la declaración responsable la coordinación de los espacios adecuados para la celebración de ferias comerciales oficiales (art. 7.1). Otra explicación puede encontrarse en la escasez de espacios, públicos o privados, para la celebración de estos eventos.

³⁰ Entrecomillo el texto porque parece obvio que lo que se comunican son las ferias comerciales que se desea alcancen la condición de oficiales, no las oficiales; el párrafo segundo del art. 6.1 lo confirma.

Por otra parte, ha de notarse que el art. 6.1 presume que la entidad organizadora organiza varias ferias comerciales, pero nada hay en la versión actual de la Ley que obligue a ello [originariamente, se exigía para alcanzar la condición de institución ferial presentar un programa anual de ferias comerciales, art. 6.1.c)]. Es cierto, no obstante, que el otorgamiento de la condición de feria comercial oficial depende, entre otros extremos, de la solvencia y profesionalidad del organizador (art. 7.2.g), lo que evoca la nota de la habitualidad; de otro lado, en el concepto de feria comercial se incluye la característica de la periodicidad (art. 2.1).

³¹ No casa bien con el mercado interior la reserva de organización de una determinada feria comercial oficial, en sucesivas ediciones, a favor de una determinada organización.

³² Así, si se opta por la periodicidad bianual, por ejemplo, la entidad no podría pretender la organización de la feria comercial oficial anualmente.

³³ Nada impide señalar una periodicidad bianual y tras la celebración de una edición presentar una declaración responsable para la celebración de otra al año siguiente (art. 7).

cación del calendario anual en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía; las ferias se inscriben además de oficio en el Registro de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía, inscripción que ha de notificarse al interesado (arts. 8.3 y 7.3). Los parámetros que ha de considerar la Consejería para la inclusión de una feria en el calendario son los que contiene el art. 7.2, que enmarcan el ejercicio de una potestad que en mi opinión, y aun a pesar del esfuerzo de redacción, es discrecional³⁴.

A la vista de los datos expuestos, puede concluirse que la declaración responsable introducida en la Ley 3/1992, como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios y en sustitución de las autorizaciones que inicialmente regulaba la Ley, no tiene justificación alguna, como antes anticipé, ni se aviene con el perfil de la figura.

En primer término, la presentación de la declaración responsable no permite, como es obvio, el inicio de la actividad (ni la celebración de la feria comercial oficial ni siquiera su organización) desde el día de su presentación, puesto que la condición de oficial, predicada de la feria comercial, sólo se obtiene mediante el reconocimiento público que entraña su inclusión en el calendario oficial que se ha de publicar en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. De este modo, la adquisición del carácter pretendido depende de una decisión tácita de la administración, de carácter discrecional y que, además, se difiere en el tiempo (la declaración se presenta en el año anterior).

En segundo lugar, la declaración responsable no se ordena de modo directo en la Ley al control de la actividad, ni previo ni posterior. Es cierto que expresamente se menciona que la comunicación de datos a través de la decla-

³⁴ “La Consejería competente en materia de comercio interior, con el fin de conseguir la mayor calidad del servicio prestado, la mejor planificación sectorial, un mínimo nivel de prestigio y de seguridad de las Ferias Comerciales Oficiales, valorará, dentro del derecho de libre establecimiento y de libre prestación de servicios, la información aportada por la entidad organizadora en la declaración responsable, y en particular: a) La disponibilidad de un recinto adecuado para la celebración de ferias. b) La incidencia en el desarrollo empresarial en el ámbito territorial de la feria. c) La repercusión en los intereses generales afectados. d) La no coincidencia de una feria comercial oficial con otra de la misma clasificación. f) La consolidación y prestigio de la feria, en el caso de concurrir varias ferias comerciales en un mismo período. g) El nivel de participación previsto, tanto de expositores, como de profesionales y, en su caso, períodos de acceso al público en general. h) Solvencia y profesionalidad del organizador. i) Aquellos otros factores que permitan la evaluación objetiva de la solicitud presentada”.

ración tiene por objeto garantizar la calidad necesaria del servicio y las seguridad de las personas y bienes presentes en la feria comercial oficial (art. 6.1), que la feria habrá de celebrarse en su día conforme a lo expresado en la declaración responsable y que si se incumple lo previsto en ella puede revocarse el reconocimiento (art. 8.4); sin embargo, todo esto se anuda al disfrute de tal reconocimiento oficial, que se otorga a la vista de lo expresado en la declaración responsable y que, como se indicó, tiene carácter excluyente. La declaración, como tal, no persigue de modo inmediato activar el control de la administración sobre los certámenes comerciales, puesto que en tal caso la obligación de su presentación se establecería con carácter general para toda clase de eventos de este tipo y no sólo para los que pretendan alcanzar la consideración de oficial. Por ello, la declaración responsable es sólo el vehículo o el cauce para distinguir a ciertos certámenes, para poner en marcha un procedimiento de selección, si por hipótesis fueran idénticas las pretensiones de varias entidades organizadoras y, en todo caso, un instrumento de conocimiento para racionalizar y planificar, con el marchamo de oficial, los certámenes feriales.

La conclusión que se extrae de todo ello es que no era ni preciso ni aun acertado introducir en este ámbito la declaración responsable. Lo que en la nueva versión de la Ley 3/1992 se denomina “declaración responsable” equivale de suyo a una solicitud de mención o de reconocimiento del carácter de oficial con vistas al disfrute de las ventajas aparejadas, que es, por otra parte, lo mismo que encubría la autorización de feria comercial oficial a la que sustituye. Ni la anterior autorización ni la nueva declaración responsable son en este sector instrumentos de limitación; como tampoco se inscribe en la esfera de la actividad de limitación la fiscalización que se prevé en la Ley sobre la celebración de cada feria comercial oficial. El encuadramiento de las ferias comerciales oficiales en el ámbito de la actividad de fomento funcionaliza, pues, la intervención administrativa de supervisión y control sobre cada una de ellas, de manera que la misma no es manifestación de la genérica actividad de limitación sino que se produce en el contexto de la promoción de actividades comerciales³⁵.

Por consiguiente, cabe concluir que en el ámbito de las ferias comerciales oficiales la transposición de la Directiva de Servicios ha traído consigo un in-

³⁵ Del mismo modo, el control administrativo en el ámbito de las subvenciones no se inscribe en la esfera de la actividad de limitación sino en la de fomento.

cremento de la confusión. La sustitución de la autorización de feria comercial oficial por la declaración responsable hace de este nombre –declaración responsable– un nombre polivalente y contribuye a la pérdida de los perfiles propios del concepto jurídico.

IV. TURISMO

En el sector del turismo, las modificaciones se han llevado a cabo mediante el Decreto–Ley 3/2009 y el Decreto 80/2010, de 30 de marzo, de simplificación de trámites administrativos y de modificación de diversos Decretos para su adaptación al anterior Decreto–Ley. En lo que a este estudio interesa, la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo (LT), había configurado el acceso al Registro de Turismo de Andalucía como un régimen de autorización³⁶ y previsto, además, otras autorizaciones y pronunciamientos específi-

³⁶ *Vid.* por ejemplo FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, “La ordenación del turismo rural en Andalucía”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 58, 2005, pp.89 ss.; SANZ DOMÍNGUEZ, Carlos, “La autorización y clasificación de establecimientos hoteleros en el Ordenamiento Español”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 62, 2006 (el autor analiza el régimen de clasificación e inscripción desde su consideración como una autorización administrativa).

La inscripción en el Registro, en efecto, era requisito indispensable para el inicio de la prestación de los servicios turísticos (art. 35.2 LT, redacción inicial), reputándose como clandestina la realización de tal actividad sin la previa inscripción (art. 35.3 LT, redacción inicial); ésta tenía lugar como regla general a solicitud de parte (art. 10.1 del Decreto 35/2008, de 5 de febrero) que se entendía denegada por el transcurso de tres meses sin que hubiere mediado resolución (DA 6ª LT, redacción inicial, y arts. 13.2 y 17.2 del Decreto 35/2008). Se inscribían de oficio, no obstante: a) Los título–licencias de empresas de intermediación turística contemplados en el art. 2 del Decreto 301/2002, de 17 de diciembre, de agencias de viajes y centrales de reservas. b) Las habilitaciones de guías de turismo, expedidas o reconocidas por la Dirección General competente en materia de Planificación y Ordenación Turística. c) Las Declaraciones de Interés Turístico de Andalucía acordadas por la Consejería competente en materia de turismo. d) Cualesquiera otros establecimientos, sujetos o entidades cuando así se estableciera reglamentariamente (art. 10.2 del Decreto 35/2008). En los supuestos a) y b), la previa existencia de un título administrativo determinaba que no hubiera necesidad de solicitar la inscripción, difuminándose en consecuencia la consideración del Registro como un régimen de autorización *per se*.

Ha de notarse que ya antes de la reforma de la Ley, los titulares de las viviendas turísticas debían, con carácter previo al ejercicio de la actividad, comunicarlo al Registro; en la actualidad, la obligación que se impone es la de comunicar el inicio de la actividad a la Consejería competente en materia de turismo para su anotación en el Registro (art. 34.2 LT), de modo que la nueva redacción resulta más correcta. También se establecía un régimen de comunicación –que se

cos³⁷. Sobre todo ello ha incidido la transposición de la Directiva de Servicios, de manera que se han suprimido autorizaciones³⁸, las inscripciones en el Registro se realizan de oficio y rige con carácter general el deber de presentar una declaración responsable³⁹.

El inicio de la prestación de servicios turísticos⁴⁰ en Andalucía debe venir precedido, en efecto y en términos generales, de la presentación de una declaración responsable (arts. 28.1 LT y 3.1 del Decreto 35/2008). Quedan exceptuados de este deber los prestadores⁴¹ —entiendo que nacionales o comunitarios— que estén legalmente establecidos en otra Comunidad Autónoma (art. 28.1 LT). Por otra parte, los prestadores de servicios turísticos establecidos en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea están también exceptuados de la obligación de presentar la declaración responsable, pero sólo si se trata de prestación de carácter temporal (art. 28.2 LT)⁴². En el caso de los guías

mantiene— para los puntos de información turística, cuya inscripción en el Registro tiene lugar de oficio desde su regulación en el Decreto 202/2002, de Oficinas de Turismo y de la Red de Oficinas de Turismo; de los arts. 34.1 LT y 18.2.d) del Decreto 35/2008 pudiera desprenderse, empero, que sólo se inscriben en la actualidad los que dependen de oficinas de turismo.

³⁷ En materia de publicidad (art. 29.2), sobre elementos fijos en campamentos de turismo (art. 40.2), los títulos—licencia de las agencias de viaje (art. 47.3) y la declaración de casa rural (art. 41.1).

³⁸ No de modo acertado en todos los casos. Así, el Decreto 80/2010 ha prescindido de la autorización para alojamientos especiales en el medio rural (*vid.* el núm. 12 del Anexo I del Decreto 20/2002), lo que a mi juicio puede ser un error si se consideran, por ejemplo, cuestiones de seguridad o salud de los usuarios.

Algunas autorizaciones y regímenes de autorización se han sustituido por declaraciones responsables específicas y comunicaciones, como es el caso de los elementos fijos en campamentos de turismo, de la propia actividad de los campamentos de turismo de uso privado o del cierre de los campamentos en temporada baja (*vid.* el art. 17.1, la disposición adicional quinta y el Anexo I del Decreto 164/2003, de ordenación de los campamentos de turismo).

³⁹ Sorprendentemente, el apartado segundo de la disposición transitoria única del Decreto 80/2010 exige de su presentación en tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario del servicio turístico en cuestión; ello puede ser un indicio de la amplia discrecionalidad con la que hasta la fecha se venían produciendo las inscripciones. Me remito a lo que más adelante expondré al hilo del análisis del Decreto 15/2011.

⁴⁰ Son los que relaciona el art. 27.1 LT en una lista que no es cerrada, puesto que a los efectos de la aplicación de la LT y de sus normas de desarrollo, el reglamento puede reconocer carácter turístico a cualesquiera otros servicios distintos que sean susceptibles de integrar la actividad turística (art. 27.2).

⁴¹ El art. 28.3 LT señala a quienes se consideran prestadores de servicios turísticos.

⁴² Del Decreto 301/2002, en especial de su art. 21.2, se desprende que no es precisa la presentación de declaración responsable para la apertura de sucursales de agencias de viaje domi-

de turismo⁴³, sólo deben presentar una comunicación los establecidos en un Estado miembro que ejerzan la actividad de modo temporal en Andalucía en régimen de libre prestación (art. 49 LT)⁴⁴.

La declaración responsable es el documento de que se sirve la Administración para realizar la inscripción en el Registro (arts. 35.2 LT y 10.1 del Decreto 35/2008), aunque ésta, la inscripción, no se configura, a diferencia de lo que antes sucedía, como requisito indispensable para el inicio de la prestación

ciliadas y *habilitadas* por Estados miembros de la Unión Europea. Este supuesto no presenta contradicción con el art. 35.2 LT, que exige declaración responsable “salvo los supuestos previstos en la normativa vigente”, aunque no casa con el art. 28.2 LT que como se acaba de expresar en texto, exige de la declaración responsable sólo cuando se prestan libremente servicios de carácter temporal en Andalucía. En la medida en que el art. 21.2 exige aportar la certificación acreditativa de la habilitación por la Administración de origen, así como de toda aquella documentación en la que se verifique la constitución de una garantía equivalente a la que exige el Decreto, puede considerarse que en cierto modo la finalidad que se pretende con la declaración responsable queda satisfecha. No obstante, resulta dudosa la aplicación del art. 28.4 LT, sobre el carácter clandestino de la actividad, o la de los arts. 59.9 y 60.5 LT, sobre la inexactitud y falsedad de datos, respectivamente; igualmente resulta problemática la aplicación del art. 62.1 LT (personas responsables de las infracciones).

Ha de notarse que a las sucursales de agencias de viaje domiciliadas y *habilitadas* como tales por otras Comunidades Autónomas no se les exige documentación alguna que acredite que están “cubiertas por la oportuna garantía exigida en la Comunidad Autónoma de origen”, si bien éste es un extremo que podrá comprobar la Dirección competente en materia de ordenación turística (art. 21.1 del Decreto 301/2002).

⁴³ Se considera actividad propia de los guías de turismo la prestación, de manera habitual y retribuida, de servicios de información turística a quienes realicen visitas a los bienes integrantes del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz; no obstante, quedan excluidas las funciones de divulgación y difusión desarrolladas por el personal de museos o instituciones del patrimonio conforme a lo establecido en su normativa de aplicación (arts. 49.1 LT y 2 del Decreto 214/2002, regulador de los guías de turismo de Andalucía).

⁴⁴ Los guías que se establezcan en Andalucía deben estar habilitados o reconocidos por la Administración turística de Andalucía (art. 49.2 LT; el art. 5.bis del Decreto 214/2002 distingue entre reconocimiento y acreditación, según si en el Estado miembro está o no regulada la profesión). La habilitación y el reconocimiento conllevan la inscripción de oficio en el Registro (arts. 49.3 LT y 15 del Decreto 214/2002). Los guías de turismo habilitados por otras Comunidades Autónomas no han de inscribirse en el Registro ni presentar documentación alguna ni someterse al cumplimiento de requisitos adicionales (arts. 28.1 y 35.1 LT y art. 3 del Decreto 214/2002, en la redacción dada por el Decreto 80/2010); ésta no es la solución seguida en otras Comunidades Autónomas: por ejemplo, el art. 12 del Decreto 62/1996, de 25 de marzo, de la Comunidad valenciana, modificado por el Decreto 90/2010, de 21 de mayo, prevé que los guías de tu-

de los servicios⁴⁵ y ni siquiera han de figurar inscritos todos los sujetos que presten servicios turísticos en Andalucía⁴⁶: es el caso de los prestadores de servicios turísticos legalmente establecidos en otras Comunidades Autónomas y en otros Estados miembros que operen en régimen de libre prestación⁴⁷; y es el caso también de los campamentos de turismo de uso privado⁴⁸. Debe notarse, por otra parte, que no coinciden las excepciones al deber de presentar declaración responsable con las excepciones a la inscripción registral: así, los prestadores de servicios turísticos legalmente establecidos en otros Estados miembros que operen en régimen de libre prestación, que no han de estar inscritos, sólo están exceptuados de la declaración responsable si la prestación es de carácter temporal (art. 28.2 LT); por otra parte, el art. 10.3.c) del Decreto 35/2008 prevé que se puedan inscribir de oficio sin necesidad de presentar declaración responsable “cualesquiera otros establecimientos, sujetos o entidades cuando así se establezca reglamentariamente”⁴⁹.

rismo habilitados por otras Comunidades Autónomas que pretendan establecerse con carácter permanente en la Comunidad valenciana comuniquen el ejercicio de su actividad a la Consejería que ostente las competencias en materia de turismo, aportando copia de la habilitación concedida por la Comunidad Autónoma de origen; tras la comunicación es posible ejercer libremente la actividad; la inscripción en el Registro se realiza de oficio.

Como se ha indicado en el texto, sólo los guías de turismo ya establecidos en un Estado miembro de la Unión Europea que deseen ejercer la actividad de forma temporal en Andalucía en régimen de libre prestación, deben comunicarlo a la Administración turística, antes de la primera actividad transfronteriza, en los términos y condiciones que se regulan en el artículo 13 del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (art. 49.3 LT); la comunicación se inscribe de oficio en el Registro (art. 15 del Decreto 214/2002).

⁴⁵ Por eso precisa el art. 3.1 del Decreto 35/2008 que la declaración “será suficiente para entender cumplido el deber del sujeto o establecimiento de figurar inscrito en el Registro de Turismo de Andalucía” (*vid.* también el art. 13.1). Aun siendo una mención ociosa (no se entiende bien qué sentido tiene una ficción como ésta), se comprende que el reglamento haya querido subrayar la diferencia respecto del anterior régimen legal.

⁴⁶ Son los arts. 34.1 LT y 4.1 del Decreto 35/2008 los que disponen qué o quiénes han de figurar inscritos, aunque no concurre la condición de empresario o la prestación de los servicios no se realice en establecimientos permanentes abiertos al público, esto último por aplicación del art. 35.1 LT.

⁴⁷ Presenta peculiaridades el régimen de los guías de turismo, como ya nos consta.

⁴⁸ Se ha derogado la exigencia de inscripción en el Registro, aunque se debe presentar una declaración responsable, como ya se expresó *supra* (apartado 3 de la disposición adicional quinta del Decreto 164/2003).

⁴⁹ Lo mismo ocurre en el caso de las habilitaciones de guías de turismo, expedidas o reconocidas por la Dirección General competente en la materia y en el de las Declaraciones de Interés

En la declaración responsable ha de manifestarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente relativos al servicio o al establecimiento y su clasificación; el compromiso de su mantenimiento durante el tiempo de vigencia de la actividad; así como la disposición, en su caso, de la documentación acreditativa que corresponda⁵⁰ (art. 35.2 LT). El Decreto 80/2010 ha modificado varios reglamentos de desarrollo de la LT, de manera que en ellos se especifica ahora el contenido de la declaración responsable⁵¹; en particular, el art. 11.3 del Decreto 35/2008 recoge la información que en todo caso se ha de incluir. Como se aprecia, la declaración aparece perfilada en el art. 35.2 LT con los rasgos con que se define tanto en el art. 3.9 de la Ley 17/2009 como en el 71.1 bis LRJAP; sin embargo, el art. 35.6 LT avisa que “reglamentariamente se determinará la documentación complementaria que, en su caso, deba acompañarse a la declaración responsable”⁵².

El art. 12 del Decreto 35/2008 regula con acierto la subsanación y mejora de la declaración. Su apartado primero dispone que “si la declaración responsable contiene alguna inexactitud u omisión en cualquier dato o manifes-

Turístico de Andalucía [art. 10.3.a) y b)]. En el primer caso nos encontramos ante un régimen de autorización (*vid.* una crítica en BERMEJO LATRE, José Luis y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, en *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, XII Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza 2010, pp. 506 y 507); la excepción de las Declaraciones de Interés Turístico es lógica, puesto que se trata de una mención o reconocimiento que se inscribe en la esfera del fomento y que no guardan relación con la actividad de limitación de la Administración, ámbito éste que es el propio de las declaraciones responsables.

⁵⁰ El art. 10.2 del Decreto 35/2008 silencia este último extremo.

⁵¹ Así por ejemplo, el 23.2 del Decreto 20/2002 señala que las empresas que organicen actividades de turismo activo deben aportar declaración responsable de que se dispone de: a) La autorización de navegación, otorgada por el organismo competente, en los casos en que la actividad se desarrolle en aguas de dominio público o cuando esté relacionada con la navegación aérea; b) La autorización concedida por la Consejería competente en materia de medio ambiente en aquellos supuestos en que sea exigida por la normativa de protección de los espacios naturales, terrenos forestales y vías pecuarias; c) Cualquier otra autorización administrativa exigida por la legislación aplicable. En mi opinión, la reforma no resulta correcta en la medida en que hubiera bastado la referencia contenida en la letra c); nótese a este propósito que por ejemplo el art. 51.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas exige una declaración responsable para la navegación (que en realidad es una comunicación previa con potestad de veto), no una autorización.

⁵² A la postre, no hay diferencias sustanciales entre las declaraciones responsables y las comunicaciones previas sin potestad de veto (me remito al epígrafe tercero del estudio “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en prensa).

tación, de carácter no esencial, conforme a lo exigido en la presente disposición, se requerirá a la persona interesada para que, en un plazo de diez días, subsane la falta, con indicación de que, si así no lo hiciera, se tendrá por no presentada su declaración, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”; el apartado segundo señala que “el órgano competente podrá recabar de la persona interesada la modificación o mejoras voluntarias de los términos de aquella”. A la vista de lo dispuesto en el art. 15.4 del Decreto-Ley 7/2010⁵³, puede suscitarse la duda de si sigue siendo posible la subsanación de la declaración; en mi opinión, la respuesta es afirmativa, de manera que la consecuencia desproporcionada que prevé el art. 15.4 sólo tiene lugar si al cabo no se produce la subsanación. Ha de notarse que el precepto, acaso de modo inadvertido⁵⁴, contempla de modo muy esquemático el procedimiento administrativo para la emanación de una orden de cese⁵⁵, que es la resolución que debe ser dictada en los términos del art. 42 LRJAP⁵⁶. Considero, no obstante, que hubiera sido deseable que el supuesto de hecho se hubiera regulado de modo más preciso y completo, contemplando también esta solución (la posibilidad de subsanar) para las inexactitudes y omisiones sustanciales. Sin embargo, y porque probablemente no hubiera podido ser de otro modo⁵⁷, se ha previsto para éstas el régimen inflexible que consagra el art. 71.bis.4 LRJAP⁵⁸: así, “la inexactitud, falsedad u omisión en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial⁵⁹, que se acompañe o incorpore a la declaración responsable, o la no

⁵³ *Vid.* el epígrafe II de este estudio.

⁵⁴ La regulación es análoga a la de la subsanación y mejora de las solicitudes (art. 71.1 LRJAP)

⁵⁵ Puesto que la actividad se inicia tras la declaración responsable.

⁵⁶ La declaración responsable no inicia ningún procedimiento (de nuevo, me remito al epígrafe tercero del estudio “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en prensa). La referencia al art. 42 LRJAP tiene sentido sólo en la medida en que se considere que la resolución que se dicta es la que finaliza el procedimiento para la emanación de la orden de cese.

⁵⁷ *Vid.* la nota núm. 75 y el texto en que ésta se inserta del trabajo en prensa “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”.

⁵⁸ Repárese en que aquí no se da la opción de subsanar la declaración responsable. A favor de un régimen de subsanación bien que estricto. *Vid.* LÓPEZ MENUDO, Francisco (2010): 144.

⁵⁹ “Se considera de carácter esencial aquella inexactitud, falsedad u omisión en cualquier dato, manifestación o documento incorporado a la declaración responsable que afecte a la clasificación de los establecimientos de alojamiento turístico en cuanto al tipo, grupo o categoría así como a las garantías o seguros que, en su caso, sean exigibles por la normativa de aplicación y la documentación complementaria que, en su caso, exija la normativa reguladora de la actividad o servicio” (art. 13.5 del Decreto 35/2008).

presentación de la misma, impedirá el ejercicio de la actividad turística afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar”⁶⁰, previéndose también la obligación de la persona interesada de restituir

⁶⁰ Como indico en el estudio “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones” (en prensa), “la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o de la actividad puede tener consecuencias muy negativas para aquellos a los que, precisamente, se trata de proteger, que son los terceros destinatarios de las actividades. Una inexactitud, falsedad u omisión puede ser de carácter esencial y, sin embargo, no afectar a la calidad o a la seguridad del servicio prestado o a los intereses de terceros competidores en el mercado (que, sin embargo, sí tendrían un interés en el cese de actividad). ¿Sería en este caso razonable suprimir sin más, siquiera cautelarmente, la prestación del servicio por ejemplo?”. Nótese además que la medida cautelar de cese se configura en el artículo como una decisión que la Administración ha de adoptar en todo caso.

Ha de tenerse en cuenta también que “puede suceder que se haya cometido una inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o incluso que no se haya presentado ante la Administración competente la declaración responsable o comunicación previa... y sin embargo, el ejercicio del derecho o de la actividad resulte absolutamente lícito en los demás extremos, tanto desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista subjetivo de las condiciones del sujeto. ¿Es razonable que se ordene el cese en estos casos, máxime teniendo en cuenta que se trata de actividades o de derechos cuyo ejercicio no está supeditado a un título habilitante?” (vid. “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en prensa).

Como ya he expuesto con referencia al art. 71.bis.4 LRJAP (“Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en prensa), considero que “el legislador debería haber regulado el supuesto con mayor flexibilidad, otorgando un margen a la Administración para la adopción prudente de la decisión, de forma que pudiera considerar si la medida, en atención a las circunstancias concurrentes, es necesaria para la protección del interés público y de terceros y si es adecuada para lograr el fin que se persigue, teniendo muy presente —he de insistir en ello— que se trata del ejercicio de derechos y actividades que son libres, para los que no se necesita título habilitante de la Administración. En concreto... habría de tenerse en cuenta antes de adoptar la orden de cese si la actividad que se está realizando es *per se* contraria a Derecho, pues no parece que se cumplan los principios del artículo 39.bis.1 LRJAP cuando se impide el ejercicio de un derecho o de una actividad que es conforme a Derecho y para la que no se necesita título habilitante por la sola omisión de la declaración o la comunicación o la irregularidad en los datos, aunque ésta sea sustancial. Cuestión distinta es que se tipifique como infracción administrativa la omisión referida o las inexactitudes de la información y que se establezca una sanción proporcionada y coherente, para incentivar el cumplimiento de la obligación de presentar una declaración o comunicación veraz. Para el supuesto de que la actividad que se esté desarrollando no sea conforme a Derecho, sí parece adecuada, con los necesarios matices, la emanación de la orden de cese, aunque debería fundamentarse no en la omisión de la declaración o comunicación o en su inexactitud o falsedad, sino en la propia ilicitud de la actividad y los perjudiciales efectos derivados de la misma, lo que, a su vez, permitiría ponderar el alcance

la situación jurídica al momento previo al ejercicio de la actividad⁶¹ y en todo caso, como no puede ser de otra manera, la audiencia previa a la persona interesada (art. 13.4 del Decreto 35/2008).

Tras la presentación de la declaración responsable puede dar comienzo la actividad⁶². Eso es lo que quiere decir el art. 28.1 LT cuando expresa, en términos incorrectos, que la declaración “habilita para el ejercicio de la actividad”; y es lo que con mayor propiedad enuncia el art. 13.1 del Decreto 35/2008⁶³. De este modo, y en lo que aquí interesa, la licitud del ejercicio de la actividad y de su publicidad, se hace depender de la presentación de una declaración responsable (art. 28.1 y 4 LT); su ausencia, pues, es “suficiente para la calificación como clandestina de la prestación del servicio turístico de que se trate, dando lugar al inicio del correspondiente procedimiento sancionador... todo ello, sin perjuicio de realizar las actuaciones precisas para que se produzca el cese efectivo en la prestación clandestina del servicio turístico” (art. 3.3 del Decreto 35/2008)⁶⁴.

Con la reforma de la LT, pues, se consagra un régimen de control a posteriori, como ha pretendido la Directiva de Servicios, de manera que tras la presentación de la declaración es posible el ejercicio inmediato de la inmediata de la actividad, que no queda diferida a la efectiva inscripción registral ni a la verificación de ningún otro trámite posterior⁶⁵, y ello “sin perjuicio del ejer-

de esta orden para que afectara sólo a los extremos del incumplimiento y no a la completa actividad. En estos casos, el cese, en los ámbitos afectados, debería perdurar hasta la corrección de la ilicitud y ulterior presentación de la declaración o comunicación debida y veraz. Todo ello con independencia de la sanción que fuere procedente, para disuadir del incumplimiento de las normas”.

⁶¹ Me remito de nuevo a las consideraciones expuestas en el trabajo “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en prensa.

⁶² El art. 17.2 del Decreto 35/2008, al regular la clasificación e inscripción de los establecimientos de alojamiento turístico, que será analizada *infra*, puntualiza que “la presentación de una declaración responsable no habilitará al ejercicio de la actividad turística cuando la licencia de obras correspondiente estuviese suspendida en vía administrativa o judicial o no se hubiese obtenido cualquier otra autorización administrativa exigida por la legislación aplicable”. El precepto describe un caso de anticipación errónea de la presentación de la declaración.

⁶³ “La presentación de la declaración responsable... facultará para el ejercicio de la actividad turística que corresponda”

⁶⁴ *Vid.* cuanto se ha expuesto *supra* sobre este tipo de soluciones poco ponderadas.

⁶⁵ El art. 35.6 LT dispone que “reglamentariamente se determinará[n]... los términos y condiciones procedimentales para la realización de los trámites a los que se refieren los apartados anteriores”. En mi opinión, estos términos y condiciones procedimentales no pueden producir

cicio de las potestades administrativas de control y de la adopción, en su caso, de las medidas cautelares o sancionadoras que pudieran corresponder” (art. 35.4 LT; *vid.* también el art. 13.3 del Decreto 35/2008)⁶⁶. Obviamente, toda modificación de los presupuestos, requisitos y datos contenidos en la declaración, incluidas las bajas, debe ser comunicada al Registro de Turismo (arts. 35.5 LT y 14 del Decreto 35/2008⁶⁷; *vid.* también, por ejemplo, los arts. 19 y 20 del Decreto 301/2002).

Además de la declaración responsable que se acaba de examinar, la LT regula otra específica relativa a los establecimientos de alojamiento. Estos pueden ser clasificados por grupos, categorías, modalidades y, en su caso, especialidades, atendiendo, entre otras circunstancias, a su ubicación territorial y a las características y servicios ofrecidos (art. 31.1 LT). En particular, la obtención de una determinada clasificación para ciertos establecimientos de alojamiento depende de sus características arquitectónicas, instalaciones, servicios y superficie de parcela, entre otros extremos (art. 36.2 y 3 LT). Lógicamente, es de interés público que la concreta clasificación de un establecimiento sea conforme con sus características y circunstancias, pues ello afecta a los intereses de los usuarios, a los de terceros competidores, a los de la Administración turística [una de cuyas competencias es la de “protección y promoción de la imagen de Andalucía y sus recursos turísticos”, art. 3.1.f) LT] e incluso a los de los municipios, siquiera sea por razones urbanísticas. Pero también resulta relevante para los interesados en la construcción, ampliación o reforma de un establecimiento de alojamiento turístico sujeto a clasificación administrativa conocer de antemano la clasificación que en su día podrá ostentar el establecimiento tras la ejecución de la obra. En mi opinión, es en atención a todo ello que el art. 31.bis LT regula la denominada “clasificación en base a una declaración responsable”, que seguidamente examinaremos.

el efecto de demorar el inicio de la actividad una vez que se haya presentado la declaración responsable. Es cierto que el art. 35.3 LT matiza que la actividad se podrá iniciar tras la presentación de la declaración, “salvo en aquellos supuestos en que se determine reglamentariamente”; pero de verificarse esta hipótesis, estaríamos, de suyo, en presencia de otro tipo de técnica y no ante la declaración responsable.

⁶⁶ En este sentido, la nueva redacción del art. 36.5, al referirse a las facultades de comprobación de la Consejería competente en materia de turismo, suprime la referencia que contenía al trámite de inscripción en el Registro, con lo que resulta más claro que el control es posterior.

⁶⁷ Repárese en la solución que ofrece el art. 14.3 del Decreto 35/2008, más acertada que la que proporciona el art. 7.2 de la Ley 17/2009.

A tenor del citado art. 31.bis LT, los interesados presentarán ante el Ayuntamiento competente, junto con la solicitud de la licencia de obras, la documentación establecida reglamentariamente, con declaración responsable expresa de que el establecimiento proyectado reúne los requisitos previstos en la normativa aplicable para ostentar una determinada clasificación turística de acuerdo con el grupo, categoría, modalidad y, en su caso, especialidad del establecimiento proyectado (apartado primero). En el plazo máximo de diez días, el Ayuntamiento remitirá la documentación y la declaración a la Consejería competente en materia de turismo, que comprobará la adecuación de la declaración responsable a la normativa turística reguladora de la clasificación aplicable al establecimiento proyectado en el plazo de un mes a partir de la fecha de recepción de aquéllas, pudiendo reformular la clasificación pretendida, lo que deberá ser objeto de notificación a la persona interesada y al Ayuntamiento; transcurrido el plazo del mes sin que la Consejería hubiera comunicado o notificado objeciones, se considerará conforme con el proyecto (apartado segundo). Finalizadas las obras de construcción, ampliación o reforma, la persona interesada presentará ante la Consejería competente en materia de turismo la documentación preceptiva y la declaración responsable a que se refiere el artículo 35.2 de la Ley, esto es, la declaración de inicio de actividad, incluyendo en esta última lo que la Ley denomina “declaración expresa sobre la adecuación del establecimiento a la normativa reguladora de la clasificación de los establecimientos turísticos, cuyo reconocimiento se solicite” (apartado tercero).

En mi opinión, la declaración responsable que regula este art. 31 bis no es una genuina declaración responsable, no al menos tal y como se define la figura en los arts. 3.9 de la Ley 17/2009 y 71.1 bis LRJAP, puesto que tras su presentación no es posible el inicio de la actividad y por tanto no se ordena de modo directo al control posterior de la Administración. A mi juicio, el art. 31.bis introduce una pieza específica de control administrativo que pretende facilitar el que ulteriormente se lleva a cabo tras la presentación de la declaración responsable de inicio de actividad (la referida en el art. 35.2 de la Ley) y que en todo caso aporta certeza y seguridad jurídica a los interesados⁶⁸. Se trata de una fórmula sutil de control previo que elude cuidadosamente cualquier expresión que pueda evocar a la autorización o que sugiera que la clasificación

⁶⁸ En el art. 16.2 del Decreto 35/2008 esta pieza de control se configura como un informe.

la efectúa la Administración⁶⁹ y que en el tenor literal de la Ley recuerda, más bien, la figura de la comunicación previa con potestad de veto, con la que tampoco se identifica exactamente en la medida en que tras el transcurso del plazo de que dispone la Administración para reformular la clasificación o presentar objeciones tampoco es factible dar inicio a la actividad.

En cualquier caso, y con independencia de la crítica que merece la introducción de una mal llamada, en este contexto, “declaración responsable”, puede concluirse que se ha acertado al regular este trámite de control previo, que no contradice la Directiva de Servicios en la medida en que no supone una traba injustificada o desproporcionada, no es un control discrecional ni demora *per se* el inicio de la actividad, sino que aprovecha una parte del plazo establecido para resolver y notificar la solicitud de la licencia de obras⁷⁰. Por otra parte, es un control que se inserta en el procedimiento de otorgamiento de la licencia de obra, con lo que la LT no prejuzga la subsistencia de la licencia de apertura⁷¹.

Finalmente, el nuevo régimen de control tiene reflejo en las disposiciones sancionadoras de la LT, tanto en lo que concierne a las infracciones como a las sanciones y, también, a las personas responsables [arts. 59.1, 59.5, 60.4, 59.9, 60.5, 60.1, 62.1 65, apartado segundo del art. 67.3 y 69.c)]. Sin embargo, la reforma operada en el art. 18 del Decreto 301/2002, de 17 de diciembre, de agencias de viajes⁷², no se ajusta al nuevo esquema de control administrativo:

⁶⁹ Nótese que del art. 25.d) LT ha desaparecido la alusión al otorgamiento de la clasificación y que ahora se refiere al reconocimiento de la clasificación. Por otra parte, el art. 31.bis.2 sólo prevé que la Administración se pronuncie si procede la reformulación de la clasificación o el planteamiento de objeciones. En esta línea, el Decreto 80/2010 modifica el Decreto 20/2002, de 29 de enero para suprimir los apartados 1 y 2 del art. 10, sobre reconocimiento, *a petición del interesado*, de la especialización de los establecimientos en el medio rural.

⁷⁰ Que es de tres meses según el art. 172.5 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

BERMEJO LATRE, José Luis y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (2010): 508, consideran compatible la clasificación con la Directiva de Servicios porque la misma es voluntaria. En la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin embargo, no tiene ese carácter.

⁷¹ En este orden de cuestiones, el art. 32.2 LT se refiere ahora de modo genérico a los “procedimientos de autorización y control” de los municipios, mientras que antes de la reforma mencionaba exclusivamente las licencias. No obstante, el art. 36.5 LT, aun habiendo sido modificado, se sigue refiriendo de modo exclusivo a las licencias. El art. 17.2 del Decreto 35/2008 alude en general a “cualquier otra autorización administrativa exigida por la legislación aplicable”.

⁷² La reforma la ha llevado a cabo el Decreto 80/2010, que ha cambiado el título del Decreto (su denominación anterior era “de agencia de viajes y centrales de reserva”). No parece que la modificación de una norma sea la vía adecuada para cambiar su título.

el apartado primero, por una parte, contempla un supuesto en que la inscripción queda sin efecto, en vez de tipificarlo como causa de clausura o cese, puesto que la inscripción en el Registro no surte ningún efecto en orden al ejercicio de la actividad; el apartado segundo, por otra parte, se refiere a la revocación de la inscripción como sanción, con cita expresa además de los arts. 67.3 y 69.c) LT; y el apartado tercero insiste tanto en la cesación de los efectos como en la revocación de la inscripción.

V. MUSEOS Y COLECCIONES MUSEOGRÁFICAS DE ANDALUCÍA

El Decreto-Ley 3/2009 modifica los arts. 12, 36.3 y 55.d) de la Ley 8/2007, de 5 de octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía en el sentido que a continuación se expone.

Por una parte, se sujeta a comunicación previa la disolución de museos y colecciones museográficas de titularidad privada⁷³. La comunicación debe cursarse con una antelación de, al menos, dos meses a la fecha prevista de disolución y en ella ha de constar la fecha de disolución, el destino de los bienes y las medidas de seguridad para garantizar la protección y conservación de los mismos (art. 12.1). Esta exigencia aleja claramente a la reforma de lo que con carácter general pretende la Directiva de Servicios, pues con el establecimiento del plazo previo de dos meses se persigue la articulación de un control previo de la Administración, que eventualmente podrá concluir con un acuerdo de depósito forzoso⁷⁴ si se advierten causas de peligro para la protección, conservación o accesibilidad de los fondos (art. 12.3). Tal acuerdo es, de suyo, equivalente al veto u oposición a lo pretendido por el particular⁷⁵ y, más concretamente, al destino inicialmente proyectado para los bienes⁷⁶. En consecuencia, puede concluirse que la reforma ha establecido un supuesto de comunicación previa con potestad de veto, deficientemente regulado por la ambigua redac-

⁷³ En cambio, la disolución de museos y colecciones museográficas de titularidad de las Entidades Locales se somete a autorización administrativa con silencio positivo (art. 12.2).

⁷⁴ Regulado en el art. 48 de la Ley de modo claramente insuficiente, en mi opinión.

⁷⁵ Vid. lo ya expuesto en NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 145 ss.

⁷⁶ Puesto que si se refiriera a la disolución se estaría vulnerando el contenido esencial de la libertad de empresa, que incluye la facultad de cese en la actividad, siquiera sea con condiciones.

ción de la norma, ya que se ha evitado precisar que el acuerdo de depósito ha de adoptarse en el plazo de los dos meses previstos entre la comunicación y la efectiva disolución. No se trata, por tanto, de un supuesto de simple comunicación previa o declaración responsable, acertadamente, a mi juicio, pues en el supuesto concurren razones de interés general que aconsejan un régimen de control previo.

El art. 36.3, por su parte, se modifica para también dar entrada a un nuevo supuesto de comunicación previa con potestad de veto. En esta ocasión es la salida de fondos pertenecientes a determinados museos y colecciones museográficas⁷⁷ la actividad que se sujeta al control, tanto si la salida excede del territorio de la Comunidad Autónoma como si no es el caso⁷⁸. A tenor de la regulación vigente, la salida debe comunicarse previamente a la Consejería competente con una antelación de, al menos, dos meses a la fecha prevista para la misma; en la notificación se han de hacer constar las condiciones que se establezcan reglamentariamente. La Consejería dispone del citado plazo para comprobar la documentación presentada, a efecto, en su caso, de requerir que se subsane la misma o que se completen las condiciones de la salida; en este último supuesto, no podrá efectuarse la salida hasta que se cumplimente el requerimiento. Como se aprecia, tampoco se ha configurado un supuesto de simple comunicación previa o declaración responsable, acertadamente de nuevo.

Finalmente, el nuevo art. 55.d) incorpora como infracción grave la disolución de museos y colecciones museográficas de titularidad privada sin haber efectuado la comunicación previa. Nótese que no ha habido necesidad de tipificar ninguna otra infracción relacionada con la salida de Andalucía de fondos museísticos, ya que el art. 55.g), tal como fue aprobado originariamente, resulta aplicable a la omisión de la carga de la comunicación en este supuesto; de este modo, tiene la consideración de infracción grave “la salida de fondos de

⁷⁷ Se excluye de este régimen la salida de fondos pertenecientes a la Colección Museística de Andalucía, que se sujeta a autorización administrativa con previsión de silencio negativo (art. 36.1). También se excluye la salida de fondos de titularidad estatal pertenecientes a los museos de titularidad del Estado gestionados por la Comunidad Autónoma, que habrá de adecuarse al convenio suscrito con la Administración General del Estado y a lo dispuesto en la legislación estatal de patrimonio histórico (art. 36.2).

⁷⁸ En la versión original del art. 36.3, la salida de Andalucía se sujetaba a autorización administrativa con previsión de silencio positivo, de manera que éste es el supuesto afectado por la reforma; la salida con destino dentro de Andalucía ya estaba sometida a comunicación previa con potestad de veto.

los museos y colecciones museográficas y la disgregación de fondos de los museos y colecciones museográficas con incumplimiento de la obligación de notificación o de autorización a que se refiere el artículo 36 de esta Ley, o con incumplimiento de las condiciones que en dicha notificación se hayan hecho constar o de la autorización concedida”⁷⁹.

VI. CARRETERAS

En lo que aquí interesa, la Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía, se modifica para sujetar a comunicación previa con potestad de veto la colocación de rótulos de establecimientos mercantiles o industriales⁸⁰.

Conviene aclarar que la Ley prohíbe realizar, fuera de los tramos urbanos de las carreteras andaluzas, cualquier tipo de publicidad en cualquier lugar visible desde la calzada (art. 58.1). No obstante, no se considera publicidad, entre otros supuestos, el de los rótulos de los establecimientos mercantiles o industriales que sean indicativos de la actividad que se desarrolla en los mismos, siempre que estén situados sobre los inmuebles en que aquellos tengan su sede o en sus accesos y no incluyan comunicación adicional alguna tendente a promover la contratación de los productos o servicios que ofrezcan [art. 58.2.d)]. Es la colocación de estos rótulos la actividad que se sujeta al deber de presentar una comunicación previa, deber que se funcionaliza al servicio del control previo, de manera que, si lo que se pretendía era acomodar la Ley de Carreteras a las exigencias de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009, tal propósito no se ha cumplido.

Con la nueva regulación, en efecto, los interesados han de cursar la comunicación con una antelación de al menos un mes con respecto a la fecha prevista para la colocación del rótulo; tras la comunicación, la Administración tiene un plazo preclusivo de un mes para denegar la actuación comunicada por

⁷⁹ Naturalmente, la comunicación a que se refería este art. 55.g) cuando se promulgó la Ley era la de salida dentro de la Comunidad Autónoma; ahora se refiere también a la salida fuera de la Comunidad. Consecuentemente, tampoco ha habido necesidad de reformar el art. 56.1.

⁸⁰ En igual sentido *vid.* MOREU CARBONELL, Elisa, “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, en *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, XII Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza 2010, p. 279.

razones de seguridad vial [y obviamente, aunque no lo explicita la Ley, si la colocación de los rótulos proyectada no se acomoda a las previsiones del art. 58.2.d)], sin perjuicio de las potestades administrativas de control y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares o sancionadoras que pudieran corresponder (art. 58.7).

En consonancia con la supresión de la autorización para este supuesto –que es la técnica de control que establecía la versión original de la Ley de Carreteras– y su sustitución por la comunicación, se modifican también los arts. 71 y 72, de manera que se tipifica como infracción leve la colocación de carteles en el dominio público viario o en las zonas de servidumbre legal o de afectación de las carreteras sin la comunicación requerida, cuando pueda ser objeto de legalización posterior y ésta se solicite en el plazo correspondiente [art. 71.a)]; la infracción es grave cuando no sea posible la legalización o no se solicite en el plazo correspondiente [art. 72.a)].

Conviene aclarar que ambos preceptos se refieren a actuaciones llevadas a cabo “sin las autorizaciones o comunicaciones requeridas o incumpliendo alguna de las condiciones impuestas en las mismas”. Es posible, desde luego, que el veto de la Administración se traduzca en la imposición de condiciones; no es correcto, sin embargo, considerar que las condiciones se imponen en las comunicaciones, que son actos de los administrados. Por ello los arts. 71 y 72 no permiten sancionar por el incumplimiento de las condiciones impuestas en el acto de veto; desde esta perspectiva, los citados preceptos deberían haber sido objeto de una modificación más meditada, pues claramente no basta con introducir al lado de la palabra “autorizaciones” la palabra “comunicaciones”.

El art. 58.7 indica, literalmente, que “en el supuesto de comunicación, la Administración tendrá un plazo preclusivo de un mes para denegar la actuación comunicada”. De nuevo, se aprecia un entendimiento confuso de la figura de la comunicación, pues con ella no se solicita nada a la Administración y nada puede ésta denegar. En cualquier caso, y dejando ahora a un lado esta imprecisión, debe notarse que el plazo para oponerse a lo comunicado se califica, ahora sí con toda corrección, como preclusivo, lo que significa que una vez transcurrido el mismo no podrá ejercerse la potestad de veto, es decir, la Administración no podrá, al amparo del art. 58.7 y una vez transcurrido el plazo de un mes, ordenar la retirada del rótulo indebidamente colocado. De ahí que, también con toda corrección, el art. 58.7 de la Ley deje a salvo las potestades de control y de adopción, en su caso, de las medidas cautelares o sancionadoras que pudieran corresponder. Obviamente, la cuestión que entonces se plantea es la de qué potestades concretas de control y de adopción de medidas

cautelares o sancionadoras son las que asisten a la Administración. Veámoslo a continuación.

En primer lugar, podría considerarse que las potestades de control son las que se encuentran en los arts. 67 a 69 de la Ley, que conforman el Capítulo I del Título V de la Ley, rubricados, respectivamente, “Intervención de las Administración” y “Defensa del Dominio Público Viario”. Pues bien, dejando a un lado ahora la circunstancia de que la colocación de los rótulos afecta a la seguridad vial y no al dominio público viario en sentido estricto, lo cierto es que de tales preceptos, que no han sido reformados tras la introducción de la técnica de la comunicación en la Ley de Carreteras, sólo resultaría aplicable, de entrada, el art. 67, puesto que los otros dos se refieren a autorizaciones.

Centrados en consecuencia en el art. 67, lo primero que cabe advertir es que su presupuesto de hecho es “la vulneración de los preceptos en materia de esta Ley” (*sic*), expresión con la que acaso quiso referirse el legislador, simplemente, a la vulneración de los preceptos de la Ley. En segundo lugar, ha de notarse que el precepto no introduce matización alguna en lo concerniente al tipo de vulneración o a la intencionalidad de la misma, de modo que basta con la colocación de un rótulo que entrañe un medio de publicidad o que afecte de modo inadmisiblemente a la seguridad vial (que son a nuestro juicio los casos que entrañan una vulneración de la Ley de carreteras en esta materia) para que la Administración pueda adoptar, de entre las medidas que enumera el art. 67, las pertinentes para el caso, y ello aun cuando no haya ejercitado su potestad de veto en plazo.

Llegados a este punto, ¿cuáles de las medidas del art. 67 serían pertinentes? En nuestra opinión serían posibles sólo las “tendientes al restablecimiento del orden jurídico infringido y la realidad alterada, con reposición de las cosas a su estado anterior” [art. 67.a)] y la “tramitación y resolución del procedimiento sancionador” [art. 67.c)], esto último en los términos que seguidamente examinaremos⁸¹. La orden de cese que entrañara la retirada del rótulo,

⁸¹ Las otras medidas que contempla el art. 67 son “la tramitación y resolución de los procedimientos de suspensión y anulación de los actos administrativos en los que se pudieran estar amparando las actuaciones realizadas” (letra b) y la “fijación y valoración de los daños y perjuicios que las actuaciones indebidamente realizadas hayan podido ocasionar” (letra d). La primera medida no resulta aplicable por razones obvias; en cuanto a la segunda medida, parece que se refiere a daños causados con la actividad al dominio público viario, lo que en principio no sería el caso.

pues, sería posible no sólo por la habilitación que confiere al efecto el art. 71.bis.4 LRJAP, que rige también para las comunicaciones con potestad de veto, sino además por la que presta el art. 67.a); la orden de retirada podría adoptarse además como medida provisional antes de la incoación del procedimiento administrativo encaminado a adoptar la orden de cese definitiva, tanto por aplicación del art. 71.bis.4 de la Ley 3071992⁸² como por aplicación del art. 58.7 de la Ley, que con su alusión a medidas cautelares proporciona también la habilitación legal que exige el art. 72.2 LRJAP.

Por lo que respecta al ejercicio de la potestad sancionadora, la instalación de un rótulo contraviniendo la legalidad sin que haya sido objeto de veto podría ser sancionada al amparo del art. 72.1.e), que considera infracción grave el establecer cualquier clase de publicidad prohibida por la Ley⁸³. No parece sin embargo que pueda ser objeto de sanción la colocación de un rótulo conforme a lo previsto en el art. 58.2.d) de la Ley pero que afecte a la seguridad vial, una vez que haya transcurrido el plazo de veto sin oposición de la Administración, ya que en este caso no se satisfacerían las exigencias del principio de tipicidad: nótese que a la conclusión de que un rótulo afecta a la seguridad vial se llega tras un juicio valorativo de la Administración, que es el que de suyo habría de haber expresado en el acto de veto; quiero decir con ello que el ciudadano, de antemano, no dispone de certeza acerca de la calificación que en este orden pueda merecer el rótulo que coloca, y que es precisamente para posibilitar su calificación previa para lo que se instrumentaliza el deber de comunicación con potestad de veto; a ello ha de añadirse que la infracción se produciría, en este entorno de incertidumbre, previo incumplimiento de la Administración, que debió fiscalizar la actividad y oponerse a ella en el plazo preclusivo de un mes.

Dicho en otros términos, mientras que en el supuesto de la infracción consistente en establecer cualquier clase de publicidad prohibida por la Ley el tipo aparece perfectamente definido en la Ley por el concurso de la descripción de cuándo el rótulo no constituye publicidad, en el caso de rótulos que afecten

⁸² *Vid.* la nota 72 del estudio “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en prensa.

⁸³ Recordemos que los rótulos no se consideran publicidad sólo si son indicativos de la actividad que se desarrolla, están situados sobre los inmuebles en que tienen su sede los establecimientos o en sus accesos y no incluyen comunicación adicional tendente a promover la contratación de los productos o servicios que se ofrecen.

a la seguridad vial el tipo no se encuentra totalmente descrito en la Ley, que incapaz, lógicamente, de detallar cuándo se afecta o no a la seguridad vial, ha encomendado tal calificación en cada circunstancia concreta a la Administración, estableciendo la carga de la comunicación para el particular y apoderando a aquélla con la potestad de veto.

VII. MEDIO AMBIENTE

1. Las reformas llevadas a cabo por el Decreto-Ley 3/2009

El Decreto Ley 3/2009 ha reformado la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección, la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, la Ley 5/1999, de 29 de junio, de Prevención y Lucha contra los Incendios Forestales, la Ley 8/1999, de 27 de octubre, de Régimen Jurídico del Espacio Natural de Doñana y la Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y la Fauna Silvestre. Todas las reformas se han efectuado en la misma dirección, de manera que se tipifican nuevas infracciones relacionadas con las figuras de la comunicación o declaración responsable que tales Leyes, por otra parte, no contemplan. De este modo, la reforma simplemente prepara el marco sancionador para la ulterior introducción de aquéllas, tal y como ha sucedido en el ámbito de los usos y actividades en los parques naturales (Decreto 15/2011, de 1 de febrero, dictado al amparo de la habilitación contenida en el art. 15.bis de la Ley 2/1989)⁸⁴.

2. Parques naturales y espacios forestales

El Decreto 15/2011, al que acabo de aludir, introduce en el Derecho de Andalucía un buen número de comunicaciones previas con potestad de veto. En su Exposición de Motivos se explica que la disposición “se enmarca en el proceso de adopción de medidas de impulso a la actividad económica y la agilización de procedimientos administrativos” y que con ello se da cumplimien-

⁸⁴ En mi opinión, es dudoso que el reglamento, sin contar con la habilitación de la Ley, pueda sustituir autorizaciones por declaraciones responsables y comunicaciones. Esto no sucede en este caso, pues como se ha indicado en el texto, el art. 15.bis confiere la necesaria habilitación. Lo que resulta más que discutible es la habilitación que a su vez contiene la Disposición Final 14 para que el Consejero (*sic*) excepcione el régimen de autorización a favor del de comunicación.

to a la Ley estatal 17/2009. El propósito perseguido ha sido el de “dinamizar de forma compatible con la conservación de la naturaleza las numerosas actividades económicas y sociales que en ellos [los espacios naturales] se desarrollan” y a tal fin, desde la consideración de las normas contenidas en el Decreto como normas de ordenación de los recursos naturales, se sujetan distintos usos y actividades en el ámbito territorial de los parques naturales a comunicación⁸⁵ y se establece una regulación general de las mismas en este sector. Más que la explicación detallada de cuáles sean los usos y actividades sujetos, interesa detenerse en la regulación general de las comunicaciones que para su ámbito contiene el Decreto.

En primer lugar, y como ya se ha anunciado, son comunicaciones previas con potestad de veto lo que regula el Decreto, desvirtuando así parte de los propósitos anunciados. Estas comunicaciones entrañan un sistema de control preventivo, equiparable en este aspecto a los regímenes de autorización, de manera que la pretendida agilización del procedimiento es cuando menos relativa (la comunicación debe presentarse con al menos quince días de antelación, art. 33.1, aunque el plazo para vetar es de diez días, art. 33.5, de modo que en esto radica la agilidad del procedimiento⁸⁶). Sí es cierto que se produce la simplificación porque la comunicación se puede presentar acompañada de una (“falsa”⁸⁷) declaración responsable que sustituye al deber de presentar documentación; y también lo es que se incrementa la transparencia porque las condiciones de los usos y actividades se recogen detalladamente en la norma, como no puede ser de otro modo cuando de comunicaciones se trata, ya que el control administrativo es necesariamente reglado⁸⁸. Pero todo ello es también predicable de los procedimientos de autorización, de manera que la técnica de la comunicación no aporta ninguna ventaja añadida en lo que a estos extremos concierne⁸⁹.

⁸⁵ Arts. 6, 9, 13, 15, y 17.

⁸⁶ Ha de notarse, por ende, que el plazo se cuenta a partir del día siguiente a aquél al que tenga entrada la comunicación en el registro general del órgano competente para recibirla o en sus registros auxiliares, si se presenta en lugar distinto de éstos (art. 33.3).

⁸⁷ Obviamente, con el calificativo “falsa” me refiero a la declaración responsable como categoría, no a la posibilidad de declarar datos falsos. De nuevo, se comprueba el uso inadecuado de la categoría, puesto que lo que aquí se llama declaración responsable es una declaración que suple la presentación de una documentación, las llamadas “declaraciones juradas”.

⁸⁸ Así lo avancé en NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen [2001]: 149 ss., 196, 205 y 206.

⁸⁹ Incluso el plazo para resolver y notificar ciertas autorizaciones puede ser de 15 días (art. 29.3).

En segundo lugar, se concretan dos supuestos de veto, consistentes en la existencia de razones de conservación o protección de los recursos naturales que no hayan podido ser previstas por el interesado o en la superación de la capacidad de acogida del equipamiento o de la zona de realización de las actividades⁹⁰. En tales casos, se debe indicar al interesado, con una antelación mínima de diez días con respecto a las fechas previstas, la imposibilidad de realizar la actuación propuesta en dichas fechas (art. 33.4).

En tercer lugar, el Decreto se preocupa de explicar, pedagógicamente, que estas comunicaciones no entrañan el deber de pronunciarse sobre la actividad pretendida, salvo en los casos de veto, y que la falta de pronunciamiento no tiene efectos de silencio administrativo (art. 33.5; *vid.* también la Exposición de Motivos).

Finalmente, el Decreto aborda el ajuste entre la comunicación y la licencia urbanística, en los casos en que la actuación pretendida esté sujeta a ésta⁹¹. Así, debe presentarse la comunicación una vez que se haya obtenido la licencia, acompañando ésta o la certificación del silencio positivo. De este modo además, el Decreto fuerza a la administración municipal a ejercer el control urbanístico, pues a la vista de lo dispuesto en el art. 8.1.b) del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, y en la medida en que el interesado no puede considerar obtenidos por silencio positivo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, tampoco parece que pueda la Administración certificar un silencio positivo si éste no se ha producido efectivamente.

Lo hasta aquí expuesto se refiere a los usos y actividades en los parques naturales. Pero la disposición también reforma el Decreto 208/1997, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Forestal de Andalucía, previendo que determinadas actividades puedan ser objeto de comunicación previa con potestad de veto bajo determinadas circunstancias⁹². El régimen de estas

⁹⁰ La expresión de ambos motivos en el Decreto fortalece el carácter reglado de la potestad que se ejerce.

⁹¹ Supone un acierto más del Decreto el no prejuzgar el eventual régimen municipal de control.

⁹² Los arts. 64.1 y 63.f) de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, prestan habilitación para ello. En el caso de actuaciones contempladas en un plan de prevención de incendios no tiene sentido plantearse cuál es su habilitación legal, ya que el art. 29 de la Ley 5/1999, de 29 de junio, de Prevención y Lucha contra Incendios Forestales, deslegalizó el elenco de supuestos sujetos a autorización.

comunicaciones es del todo semejante al que ya he explicado, por lo que me remito a lo escrito en párrafos anteriores. Conviene sin embargo llamar la atención sobre el modo en que estas actividades quedan sujetas a este régimen.

Las actividades son las que se enumeran en el apartado 5 del art. 96 y las que el apartado 1 del mismo artículo sujeta a autorización. Estas últimas se someten al régimen de comunicación cuando están previstas en un plan técnico o proyecto de ordenación aprobado o, en su caso, en un plan de prevención de incendios (art 96.5); por tanto, la aplicación del régimen de que tratamos no es inmediata. Las primeras se exceptúan también del régimen de autorización y deben ser comunicadas cuando se realicen en las condiciones establecidas mediante Orden de la Consejería competente en materia de medio ambiente (art. 96.5); por ello, hasta tanto se aprueben estas condiciones, la realización de las actividades requiere la previa obtención de una autorización (Disposición Transitoria Segunda del Reglamento Forestal, en su nueva redacción). En mi opinión, esta última previsión evidencia cómo el régimen de las comunicaciones surte el efecto de devolver a la norma su protagonismo en la definición del régimen jurídico de las actividades, en detrimento pues del protagonismo de la autorización, del acto administrativo, que es la tendencia que venía observándose⁹³. Lo que entonces habría que plantearse es qué queda de los argumentos vertidos en cuanto a la incapacidad de la norma para predeterminar soluciones concretas en una sociedad tan compleja como la actual; quizás la respuesta venga, al menos en casos como el que aquí se ha tratado, de la mano de un mayor esfuerzo normativo por parte de la Comunidad Autónoma, de nuestra Comunidad Autónoma, que hasta la fecha no se ha caracterizado precisamente por ello sino, más bien, por una intensa actividad de fomento de todo tipo y por una muy escasa atención a la necesaria predeterminación normativa de sus decisiones, tanto en el referido ámbito del fomento como en el de la limitación de las actividades privadas⁹⁴.

3. Autorización ambiental unificada

En desarrollo de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión de la Calidad Ambiental (LGICA), se ha aprobado el Decreto 356/2010, de 3 de agosto, por

⁹³ Y de la que me he hecho eco en NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen, “La crisis del Estado”, en *Estado, Derecho y Religión en Oriente y Occidente*, Thémata/Plaza y Valdés, 2009, p. 30.

⁹⁴ Recordemos que la disposición transitoria única, apartado segundo, del Decreto 80/2010, exime de la presentación de la declaración responsable hasta que no se apruebe el desarrollo reglamentario del servicio turístico en cuestión.

el que se regula la autorización ambiental unificada, se establece el régimen de organización y funcionamiento del registro de autorizaciones de actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental, de las actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera y de las instalaciones que emiten compuestos orgánicos volátiles, y se modifica el contenido del Anexo I de la Ley.

El art. 9 del Decreto ha desvirtuado la comunicación previa con potestad de veto que en mi opinión contempla la LGICA para las modificaciones no sustanciales (art. 27.3)⁹⁵, configurando en su lugar una suerte de consulta de perfil confuso que se asemeja a una autorización.

Por otra parte, el art. 38, que regula el cese de actividad, exige al efecto la presentación de una comunicación que comporta el deber del órgano ambiental de dictar y notificar una resolución, en un plazo máximo de dos meses, estableciendo las condiciones ambientales que se deberán cumplir en el desmantelamiento de las instalaciones; transcurrido dicho plazo sin que el órgano ambiental competente haya dictado y notificado la resolución, se pueden iniciar los trabajos de desmantelamiento. Como se aprecia, se trata de un deber de información y no de una genuina comunicación, puesto que lo que se persigue es posibilitar que el órgano ambiental establezca las condiciones para llevar a cabo el cese definitivo, contenido éste que la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación, prevé para la autorización ambiental integrada y que la LGICA ha omitido para la autorización ambiental unificada⁹⁶, de manera que es ahora el Decreto el que, a través de este expediente, habilita al órgano ambiental para la imposición de condiciones.

4. Aguas

La Ley 9/2010, de Aguas para Andalucía, regula declaraciones responsables y comunicaciones de perfil diverso. Faculta además al Consejo de Gobierno para que sustituya, en su caso, las autorizaciones que ella establece “por comunicaciones previas con declaración responsable” (*sic*), de acuerdo con lo que establezca la legislación aplicable, que no puede ser otra que la estatal en la materia [disposición final 6^a.1.c)].

⁹⁵ El veto consiste en la oposición a que se realice la modificación proyectada sin tramitar el procedimiento de autorización, por considerarse que tal modificación es sustancial.

⁹⁶ No para la autorización ambiental integrada, por la remisión que el art. 25 efectúa al art. 22 de la Ley 16/2002, que en todo caso tiene carácter básico.

Por una parte, contempla una comunicación previa, que atañe a los almacenamientos de aguas subterráneas en balsas cuando el volumen de agua almacenada no exceda en total de cincuenta mil metros cúbicos y no se supere el 20% del volumen anual de captación a que se tenga derecho, siempre que con dicho almacenamiento no se alteren de forma significativa los procesos de recarga natural del acuífero (art. 51.3). También recoge un caso de comunicaciones previa con potestad de veto, que es el de la mera limpieza de pozos, así como cualesquiera otras actuaciones de mera conservación y mantenimiento de los mismos y sus instalaciones que no conlleven la alteración de las características básicas inscritas del pozo, que se han de comunicar con quince días de antelación (art. 51.4). Sin embargo, no considero que sea un supuesto genuino la comunicación del sellado de pozos (art. 53), pues en este caso se trata de informar a la Administración del cumplimiento de un deber.

Finalmente, el art. 106 tipifica infracciones relacionadas con las figuras de las declaraciones responsables y comunicaciones previas, así como con la comunicación previa con potestad de veto⁹⁷, exigidas algunas de ellas de modo específico por el Texto Refundido de la Ley de Aguas (art. 51) y no por la Ley andaluza.

5. Organismos modificados genéticamente

El Decreto 320/2010, de 29 de junio, ha regulado los órganos competentes y los procedimientos administrativos en materia de utilización confinada y liberación voluntaria de organismos modificados genéticamente, dero-

⁹⁷ Son infracciones leves la navegación y la flotación de embarcaciones, el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos y el ejercicio de cualquier otro uso común de carácter especial en zonas en las que expresamente esté prohibido dicho uso o, cuando estuviera permitido, sin la presentación de una declaración previa responsable (art. 106.1.a); la realización de una actuación o actividad sin cumplir los requisitos exigidos legalmente, o sin haber obtenido autorización, así como sin haber realizado la comunicación o declaración responsable cuando alguna de ellas sea preceptiva (art. 106.1.n); la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento, que se acompañe o incorpore a la declaración responsable o comunicación previa (art. 106.1.ñ); la alteración o el incumplimiento de las previsiones contenidas en la comunicación o declaración responsable para el ejercicio de una determinada actuación o actividad o de las condiciones impuestas por la Administración para el ejercicio de la misma (art. 106.1.o). Es infracción grave la comisión de las infracciones establecidas en las letras n), ñ), o) del apartado 1, cuando de dichas infracciones se derive un daño grave para el dominio público hidráulico (art. 106.2.f). Y es infracción muy grave la comisión de las mismas infracciones cuando de las mismas se derive un daño muy grave para el dominio público hidráulico (art. 106.3.a).

gando en consecuencia expresamente el Decreto 178/1999, de 7 de septiembre. De esta nueva ordenación debe destacarse la incorrección con la que en el art. 1 se fija su objeto, pues en su apartado b) se refiere al “procedimiento para la resolución de las solicitudes de autorización y comunicaciones”. Pero sobretodo debe subrayarse que omite cualquier referencia al procedimiento de control preventivo de la utilización confinada sujeta a comunicación previa con potestad de veto, que sólo se ocupa del correspondiente a las autorizaciones y que cuando de comunicaciones se trata, ciñe la función del Comité Andaluz de Control de Organismos Modificados Genéticamente a la recepción de las mismas (art. 4.a).

El Decreto, en consecuencia, no resulta acertado, pues las comunicaciones previas con potestad de veto no son solicitudes ni generan la obligación de resolver y notificar. Por otra parte, inician un procedimiento de control preventivo, de manera que la Administración debe fiscalizar la actividad que el interesado se propone realizar⁹⁸.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO LATRE, JOSÉ LUIS y ESCARTÍN ESCUDÉ, VÍCTOR. “El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo”, en *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, XII Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza 2010.
- FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO. “La ordenación del turismo rural en Andalucía”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 58, 2005.
- LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO. “La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992; el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa” en *Revista Española de la Función Consultiva*, num 14, 2010.
- MOREU CARBONELL, ELISA. “La Administración «neopolicial». Autorización administrativa y sistemas alternativos: comunicación previa y declaración responsable”, en *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, XII Monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza 2010.

⁹⁸ NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen [2001]: 128 ss.

- NÚÑEZ LOZANO, MARÍA DEL CARMEN. “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, en *Noticias de la Unión Europea*, en prensa. Entregado en septiembre de 2010.
- “La crisis del Estado”, en *Estado, Derecho y Religión en Oriente y Occidente*, Thémata/Plaza y Valdés, 2009.
- Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, 2001.
- ORTIZ DE TENA, MARÍA DEL CARMEN, “La licencia comercial para la instalación de los grandes establecimientos comerciales en Andalucía”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 66, 2007.
- REBOLLO PUIG, MANUEL. “El contenido de las sanciones”, en *Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, núm. extraordinario de *Justicia administrativa*, 2001.
- SANZ DOMÍNGUEZ, CARLOS. “La autorización y clasificación de establecimientos hoteleros en el Ordenamiento Español”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 62, 2006.

Las zonas patrimoniales: Una nueva tipología de protección en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía

Mónica Ortiz Sánchez

Letrada de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: DEL MONUMENTO AL PAISAJE CULTURAL. II. ANTECEDENTES EN LA NORMATIVA DE ANDALUCÍA: 1. La Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía. Especial referencia a los sitios históricos. 2. El Estatuto de Autonomía para Andalucía. III. LAS ZONAS PATRIMONIALES EN LA LEY 14/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE PATRIMONIO HISTÓRICO DE ANDALUCÍA. 1. DEFINICIÓN DE ZONA PATRIMONIAL: a) territorio o espacio, b) conjunto patrimonial, c) conjunto patrimonial diverso y complementario, d) bienes diacrónicos, e) bienes representativos de la evolución humana, f) valor de uso y disfrute para la colectividad, g) valores paisajísticos y ambientales, en su caso. 2. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS DE PROTECCIÓN DE LA LEY. 3. PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN: a) incoación, b) anotación preventiva en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía, c) contenido del expediente: los informes técnicos y la discrecionalidad técnico-administrativa, d) información pública y audiencia, e) informes de instituciones consultivas, f) informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, g) duración del procedimiento, h) resolución. 4. LA RESOLUCIÓN DE DECLARACIÓN DE ZONA PATRIMONIAL: NATURALEZA JURÍDICA, MOTIVACIÓN Y EFECTOS: a) el acto de declaración y su naturaleza jurídica de acto administrativo, b) la motivación de la resolución como reflejo del trabajo técnico incorporado al expediente, c) efectos: inscripción en el catálogo y en los registros públicos, d) efectos: extensión territorial de la misma: especial cuidado con el derecho de propiedad y la obligación de indemnizar, e) efectos: el parque cultural, f) las instrucciones particulares y su naturaleza jurídica de disposición general. IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA ZONA PATRIMONIAL DE OTÍÑAR. V. CONSIDERACIÓN FINAL. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Del monumento al paisaje cultural: una nueva forma de entender el patrimonio cultural a través del territorio. La Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía (Ley 14/2007) representa un verdadero paso en la protección del patrimonio porque introduce una nueva figura de protección del patrimonio a nivel territorial: la zona patrimonial. La Convención Europea del Paisaje (Florencia, 2000) y la evolución de las leyes españolas de patrimonio histórico y cultural constituyen los factores decisivos para crear esta nueva figura que es definida en la ley como: aquellos territorios o espacios que constituyen un conjunto patrimonial, diverso y complementario, integrado por bienes representativos de la evolución humana, que poseen un valor de uso y disfrute para la colectividad y, en su caso, valores paisajísticos y medioambientales. El territorio es en este caso la principal innovación de la ley pero también su principal debilidad, que necesita de un trabajo ulterior para precisarlo. La aplicación de la ley requerirá de un trabajo exquisito por parte de la Administración. Las ventajas y riesgos de esta figura constituyen el objeto de este artículo.

Palabras clave:

zona patrimonial, territorio, patrimonio cultural, patrimonio histórico, paisaje.

ABSTRACT

From monument to cultural landscape: a new way of understanding cultural heritage through the territory. The Andalusia Historical Heritage Law (Ley 14/2007) represents a real step in the protection of heritage because it introduces a new figure in order to protect the heritage at the level of the territory: the heritage zone (zona patrimonial). The European Landscape Convention (Florence, 2000) and the evolution of the Spanish Historical and Heritage Laws have been the deciding factors in order to create this new figure which is defined at the law as: those territories or spaces that constitute a heritage group, diverse and complementary, integrated by diachronic goods representative of the human evolution, that possess a value of use and joy to the community and, in their case, landscape and environmental values. The territory is in this case the principal innovation of the law but as well its main weakness, needing a further work to precise it. The application of this law will require an exquisite work from the Administration. Advantages and risks of this figure are the object of this article.

Keywords:

heritage zone, territory, cultural heritage, historical heritage, landscape.

I. INTRODUCCIÓN: DEL MONUMENTO AL PAISAJE CULTURAL

A lo largo de los siglos XX y XXI la creación y aplicación de las distintas figuras de protección del patrimonio histórico, así como su evolución y modificación, ha obedecido a la necesidad de adaptar la normativa y la práctica administrativa al propio desarrollo de la sociedad, a las tesis predominantes en las disciplinas que intervienen en el patrimonio y a la diferente percepción que de los monumentos, edificios, parajes y tradiciones existía en cada momento.

La recién aprobada Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía ha supuesto un nuevo hito en el camino de la protección del patrimonio al crear una nueva figura de protección que trata de elevar el patrimonio a escala territorial permitiendo proteger determinados ámbitos en los que el territorio como actor principal sirve de conductor para la protección del mismo y de los distintos elementos o vestigios que en él se encuentran provenientes de distintas épocas, que implican distintos valores y que constituyen el testimonio de la actividad humana. Además esta nueva figura aspira a relacionar no sólo los valores patrimoniales de estos territorios sino también los paisajísticos y ambientales. La Ley define la zona patrimonial en el art. 26 como “*Aquellos territorios o espacios que constituyen un conjunto patrimonial, diverso y complementario, integrado por bienes diacrónicos representativos de la evolución humana, que poseen un valor de uso y disfrute para la colectividad y, en su caso, valores paisajísticos y ambientales*”.

Como antecedentes inmediatos de esta figura pueden señalarse dos concretamente: por una parte una influencia internacional en el concepto de paisaje y por otra la evolución en la normativa española de las figuras de protección, especialmente del sitio histórico y del lugar de interés etnológico, y el surgimiento de otras nuevas como los Parques Culturales de Aragón.

El concepto de paisaje que ha dado lugar a una incipiente rama o especialización en el derecho administrativo, el Derecho del Paisaje, aún no ha sido definido de forma unánime ni por las leyes, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.¹ Desde el punto de vista de las disciplinas que abordan esta ma-

¹ Deben citarse como antecedentes del concepto actual del paisaje del Convenio de Florencia la noción de bien cultural ambiental de la Comisión Franceschini (*I beni culturali*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1976; ALIBRANDI, TOMMASO y FERRI, PEIRGIORGIO, *I Beni Culturali e Ambientali*, Editorial Giuffrè, Milán, 1978); la Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural, de París de 23 de noviembre de 1972; la Convención europea para la salvaguarda del patrimonio arquitectónico de Europa, de Granada de 3 de octu-

tería se han intentado consensuar diversas definiciones, si bien el punto de mayor consenso hasta ahora alcanzado se encuentra en el Convenio Europeo del Paisaje, hecho en Florencia el 20 de octubre del año 2000 y ratificado por España mediante Instrumento de ratificación de 28 de enero de 2008 (publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 31 de 5 de febrero de 2008) fijándose en el mismo como fecha de entrada en vigor el 1 de marzo de 2008².

El paisaje se define en su artículo primero como “*cualquier parte del territorio tal como la percibe la población cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos*”. Como veremos posteriormente este concepto de paisaje ha influido en el legislador andaluz, en concreto en la definición de la zona patrimonial.³

Respecto de este artículo puede indicarse que la Comunidad Autónoma de Andalucía, en lo que al paisaje cultural se refiere, ha cumplido con las previsiones del Convenio por cuanto que ha integrado en la normativa sectorial de protección el patrimonio histórico la figura de la zona patrimonial, ha previsto un sistema de gestión de la misma (los parques culturales) con abierta participación de los sectores implicados y desde su punto de vista competencial garantiza la coordinación con la normativa urbanística a partir de lo previsto en el art. 30.

Esto implica que la Ley 14/2007, como ley sectorial en materia de patrimonio histórico, regula por primera vez en Andalucía el Paisaje Cultural que se integra a su vez en el concepto más amplio de Paisaje.

bre de 1985; la Carta del Paisaje Mediterráneo celebrada a instancias de Andalucía, Toscana y Languedoc-Roussillon en Sevilla 1993 y la Estrategia paneuropea sobre Diversidad Biológica y Paisaje 1995.

² Resultan de gran interés las Orientaciones aprobadas por el Consejo de Europa para la aplicación del Convenio. Pueden encontrarse en la publicación: *Convenio Europeo del Paisaje: textos y comentarios*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2007.

³ No procede aquí realizar un estudio en profundidad del paisaje puesto que ha sido estudiado ya por otros autores desde un punto de vista más general, en su concepto amplio, si bien pueden destacarse como obras más relevantes las siguientes: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, CARMEN, *La protección del paisaje, un estudio de derecho español y comparado*, Marcial Pons, Barcelona, 2007; CORTINA, ALBERT, *Convenio Europeo del Paisaje: textos y comentarios*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2007; SABALZA HERNÁNDEZ, ALAIN, *La consagración jurídica del paisaje a través del Convenio Europeo del Paisaje*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2008; HERVÁS MÁS, JORGE, *Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje: adaptado al Real Decreto Legislativo 2 / 2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo*, Bosch, Barcelona, 2009. Al final de este artículo se ha incorporado un apartado de Bibliografía con más títulos relacionados.

En cuanto a la otra notable influencia en la creación de la figura de la zona patrimonial, y después de una larga investigación relativa a la evolución de las distintas figuras de protección del patrimonio histórico en el ordenamiento español, pueden señalarse como antecedentes inmediatos de la zona patrimonial dos figuras preferentemente: el sitio histórico y el lugar de interés etnológico. Estas dos figuras fueron creadas precisamente para dar respuesta a nuevas necesidades en la protección del patrimonio y han cumplido y siguen cumpliendo una importantísima tarea, pero ante la nueva dimensión territorial del patrimonio se han quedado pequeñas, resultando en cierta manera insuficientes. Recientemente además ha proliferado la creación de figuras similares a la zona patrimonial en la normativa de patrimonio cultural de diversas Comunidades Autónomas, si bien con diferentes denominaciones.⁴

Debe destacarse además que la Ley lleva a cabo una definición de las zonas patrimoniales de forma tan amplia que va a requerir, tanto mediante el desarrollo reglamentario correspondiente, como mediante la aplicación de esta figura a territorios concretos que permitan definirla a través de la casuística y del trabajo de los especialistas de forma más detallada, de un cuidadoso trabajo de autodefinition de manera que una clara conceptualización de su esencia y naturaleza constituya la clave de su éxito. De lo contrario, de utilizarse como un cajón desastre la figura habría fracasado.

Otra de las novedades de la Ley es la creación de los Parques Culturales (art. 81) como forma de gestión de las Zonas Patrimoniales en la que tengan cabida tanto las Administraciones como los sectores implicados. Esta previsión recuerda, si bien de forma remota, a las Juntas Rectoras de los Parques Naturales como órganos de gestión. Esta figura está aún pendiente de desarrollo reglamentario.

Igualmente debe tenerse en cuenta la relación con la normativa ambiental. Es ya tradicional el eterno solapamiento de las figuras de protección me-

⁴ Las normas más relevantes son en el siguiente orden: la Ley 12/1997, de 3 de diciembre, de Parques Culturales de Aragón y la Ley 3/1999, de 10 de marzo, de Patrimonio Cultural de Aragón que regula como figura mixta de protección-gestión los *Parques Culturales*; la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria que contiene como novedad el *Paisaje Cultural*; la Ley 4/1998, de 11 de junio, de Patrimonio Cultural Valenciano regula como figura de protección similar al paisaje cultural el *Parque Cultural* y la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que prevé como instrumentos de planificación los Planes de Ordenación del Patrimonio Cultural, entre los que se encuentra la categoría de *Paisaje cultural*.

dioambientales y de patrimonio histórico en el ordenamiento jurídico español, y la zona patrimonial ha venido a aportar un elemento más en esta disputa competencial.

II. ANTECEDENTES EN LA NORMATIVA DE ANDALUCÍA

Las zonas patrimoniales constituyen una importante novedad en la Ley de Patrimonio Histórico en lo que respecta a la protección del paisaje cultural, y en definitiva del patrimonio a escala territorial. La definición actual de la ley resulta muy amplia, de suerte que bajo dicha figura pueden imaginarse distintos ámbitos posibles de protección, totalmente distintos entre sí, por lo que resulta esencial dotarla de cierta seguridad jurídica en la definición de sus notas esenciales.

Como ha sido indicado con anterioridad esta nueva figura es consecuencia de la evolución de dos figuras tradicionales de protección, el sitio histórico y el lugar de interés etnológico, a la que hay que unir la influencia del concepto de paisaje en la normativa internacional. Con esta nueva figura de protección se pretende dar un salto cualitativo y cuantitativo en la protección del patrimonio cultural al insertarlo en el territorio, en un ámbito mayor. Ello constituye un notable logro ya que la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía consigue estar entre las leyes más avanzadas y dar respuesta a las últimas corrientes en la protección del patrimonio que propugnan una concepción del territorio como lugar en el que se produce la evolución humana y en el que quedan vestigios de la misma.

Este logro sin embargo no ha de quedar frustrado por una mala aplicación de la figura de protección. La definición de la ley es muy amplia y por ello van a ser analizados en detalle todos los elementos que la componen.

Además en esta definición no debe olvidarse que esta figura es un Bien de Interés Cultural por lo que su declaración implica la aplicación de régimen legal que fija la ley para estos bienes, no siendo igual la aplicación de dicho régimen a bienes situados por ejemplo en un pueblo (un iglesia y su entorno) que a bienes distribuidos a lo largo de hectáreas, como sería el caso de la zona patrimonial.

Esta notable extensión territorial de la figura de protección incide de forma muy llamativa en los siguientes aspectos que ahora se enumeran, sin ánimo de exhaustividad:

- El propio expediente de declaración de la zona patrimonial debe diferenciarse de otros expedientes de declaración de BIC en cuanto a la documentación técnica a presentar, la motivación de la delimitación y el análisis de valores que motivan la protección. Si se va a proteger un amplio territorio ha de justificarse el por qué.
- Ha de realizarse un especial esfuerzo en diferenciar esta figura de otras previstas en la ley.
- La extensión del ámbito a proteger ha de determinar la inclusión de Instrucciones Particulares en todos los expedientes para zonificar adecuadamente los valores a proteger modulando los niveles de protección de forma proporcionada a los mismos.
- La declaración tiene importantes efectos en los derechos de propiedad de los titulares de los terrenos comprendidos en la misma. Por una parte éstos estarán obligados a adecuar sus actuaciones al régimen legal fijado por la ley para los Bienes de Interés Cultural, a las Instrucciones Particulares, al Plan Especial que se redacte y además podrán en caso de querer vender sus propiedades, quedar sujetos al régimen de tanteo y retracto previsto en el artículo 17 de la ley.
- Debe analizarse la posible convivencia sobre un mismo ámbito de figuras de protección ambiental y cultural, intentando establecer mecanismos de coordinación.
- La posible creación de una Parque Cultural para la gestión de una o varias zonas patrimoniales también ha de ser regulado de forma clara facilitando los criterios que determinen su creación en unos casos sí y en otros no.

Antes de analizar dichas cuestiones, y para una mejor comprensión de la figura de la zona patrimonial tal y como la regula la norma actualmente vigente, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, resulta esencial tener en cuenta la evolución de normativa autonómica (básicamente la ley de 1991 derogada por la actual ley de 2007).

EVOLUCIÓN DE LAS FIGURAS DE PROTECCIÓN EN LAS LEYES DE PATRIMONIO HISTÓRICO DE ANDALUCÍA		
Ley	Tipología	Catálogos e Inventarios
Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía	<ul style="list-style-type: none"> – Monumentos. – Conjuntos Históricos. – Jardines Históricos. – Sitios Históricos. – Zonas Arqueológicas. – Lugares de Interés Etnológico. 	Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía
Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía (vigente)	<ul style="list-style-type: none"> – Monumentos. – Conjuntos Históricos. – Jardines Históricos. – Sitios Históricos. – Zonas Arqueológicas. – Lugares de Interés Etnológico. – Lugares de Interés Industrial. – Zonas Patrimoniales. 	Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía Inventario de Bienes Reconocidos

1. La Ley 1/1991, de 3 de julio de Patrimonio Histórico de Andalucía. Especial referencia a los sitios históricos

La relevancia del paisaje para la sociedad andaluza está expresamente reconocida en la norma de máximo rango de Andalucía, el Estatuto de Autonomía para Andalucía. Ya el Estatuto aprobado mediante Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, estableció en su artículo 12.3.6 “*la protección y el realce del paisaje y del patrimonio histórico-artístico de Andalucía*”, como uno de los objetivos del gobierno andaluz.

Bajo la vigencia de esta norma se aprobó la primera Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía de 3 de julio de 1991 de la que debemos destacar los siguientes extremos.

Esta norma, como se ha indicado en la tabla anterior relativa a las figuras de protección del patrimonio histórico incorporaba una figura ya recogida en la norma estatal y que constituye el antecedente más cercano en la normativa autonómica a la zona patrimonial: el sitio histórico.

La Ley define los sitios históricos en el artículo 27.4 como “*aquellos lugares susceptibles de delimitación espacial unitaria que tengan un interés destacado bajo el aspecto histórico, arqueológico, artístico, científico, social o técnico*”. Pueda apreciarse que esta definición de sitio histórico difiere bastante de la prevista en la legislación estatal, pudiendo criticarse la reducción que hizo la normativa autonómica del concepto más amplio que contenía la Ley de 1985. Esta definición ha sido sustituida sin embargo en la actualidad en la Ley de 2007 por una que vuelve a seguir en parte lo previsto en la normativa estatal. En la redacción de 1991 la definición de sitio histórico suprimía la mención a los valores etnológicos o antropológicos que sí recogía la ley estatal, si bien creaba como novedad el Lugar de Interés Etnológico, por lo que en puridad esta figura, el Lugar de Interés Etnológico surge al desgajarse de una más general, el sitio histórico, de cuya naturaleza participa si bien con el predominio de los valores etnológicos.

Así pues la figura más parecida a la zona patrimonial, si bien, más parecida en la definición que realiza la ley estatal, que no la autonómica de 1991, es el sitio histórico, sin olvidar el lugar de interés etnológico como analizaremos posteriormente al diferenciar estas tres figuras. Bajo esta figura han sido declarados, entre otros, como Bien de Interés Cultural en la categoría de sitio histórico las Minas de Río Tinto (Decreto 236/2005, de 25 de octubre, por el que se declara Bien de Interés Cultural con la categoría de Sitio Histórico la Zona Minera de Riotinto–Nerva).

De estos bienes podría plantearse la posibilidad de incardinar el sitio histórico de las Minas de Río Tinto en la figura de la zona patrimonial dada la amplitud territorial que abarca y la diversidad de bienes que incorpora.

La Ley además en el artículo 11 preveía lo siguiente: “*La inscripción específica de un bien en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz llevará aparejado el establecimiento de las instrucciones particulares que concreten, para cada bien y su entorno, la forma en que deben materializarse para los mismos las obligaciones generales previstas en esta Ley para los propietarios o poseedores de bienes catalogados.*”

La Ley exigía pues el establecimiento de instrucciones particulares para toda inscripción específica en el Catálogo, si bien no para los Bienes de Interés Cultural. Poco uso se ha llevado a cabo de este precepto en cuanto a la formulación de instrucciones particulares en aquellas declaraciones en que sea necesario; no obstante la nueva ley (tras haber integrado la categoría de inscripción específica en la de bien de interés cultural a través de su Disposición Adicional Segunda) recoge la elaboración de instrucciones particulares tan sólo como *posibilidad* en el artículo 11 en aquéllos casos que sea necesario. Se destaca aquí esta cuestión por la relevancia que en la declaración de las zonas patrimoniales ha de tener la elaboración de unas instrucciones particulares que realizando una adecuada zonificación en función de los valores a proteger establezca una graduación de las medidas de protección fijando intensidades acordes a dichas zonas.⁵

Finalmente ha de destacarse que la Ley de 1991, recogía al igual que la ley estatal una serie de medidas de adaptación de la normativa urbanística a las disposiciones del patrimonio histórico que han sido sensiblemente mejoradas por la Ley de 2007.⁶

2. El Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo)

Mediante la Ley Orgánica 2/2007, de 27 de marzo, se aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía que entró en vigor el 19 de marzo de 2007. En el nuevo Estatuto el paisaje ha cobrado aún mayor presencia (artículos 28, 33, 37 y 195) en consonancia con la evolución existente en los textos internacionales y se integra ya en el derecho de cada ciudadano a un medio ambiente saludable y al acceso a la cultura, y previéndose además como uno de los principios rectores de las políticas públicas.

Por su interés procede reproducir el tenor de estos artículos que constituyen en la actualidad el marco, junto con la normativa estatal, en el que ha de llevarse a cabo la interpretación de la normativa autonómica, en relación con el paisaje en general y con el paisaje cultural en particular.

⁵ Esta cuestión recibe un tratamiento especial en el apartado del trabajo dedicado a las Instrucciones Particulares.

⁶ Concepción Barrero analiza las novedades de la Ley en este sentido en, *Las innovaciones de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía en la ordenación urbanística de los conjuntos históricos*. Revista Andaluza de Administración Pública, nº 68, 2007, páginas 73 a 111.

El Título Primero “Derechos sociales, deberes y políticas públicas” se divide en tres capítulos. El primero de ellos está dedicado a una serie de Disposiciones Generales y el segundo a los “Derechos y Deberes”. Es en éste en el que se incardinan el derecho al medioambiente y el derecho a la cultura utilizando los dos artículos que regulan respectivamente cada derecho el término *paisaje*.

Artículo 28. Medio Ambiente.

1. Todas las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable, así como a disfrutar de los recursos naturales, del entorno y **el paisaje** en condiciones de igualdad, debiendo hacer un uso responsable del mismo para evitar su deterioro y conservarlo para las generaciones futuras, de acuerdo con lo que determinen las leyes.

2. Se garantiza este derecho mediante una adecuada protección de la diversidad biológica y los procesos ecológicos, el patrimonio natural, el **paisaje**, el agua, el aire y los recursos naturales.

Artículo 33. Cultura.

Todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura, al disfrute de los bienes patrimoniales, artísticos y **paisajísticos** de Andalucía, al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas, así como el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural andaluz.

Por otra parte debe citarse también el artículo 36.1 f), que establece la obligación de todas las personas de “Cuidar y proteger el patrimonio público, especialmente el de carácter histórico-artístico y natural”.

En el artículo 37 se establecen como principios rectores relevantes la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía (18º) y el respeto del medio ambiente, incluyendo el **paisaje** y los recursos naturales y garantizando la calidad del agua y del aire (20º).

Como conclusión tras analizar estos preceptos puede destacarse que el nuevo Estatuto de Autonomía, en consonancia con los nuevos tiempos y la realidad descrita a lo largo de este trabajo sobre el lento pero firme incremento de la sensibilización hacia el paisaje y la consiguiente plasmación jurídica tanto en textos nacionales como internacionales del mismo, recoge el concepto de paisaje tanto en relación a los bienes ambientales como a los culturales, y no sólo como derecho de disfrute de los individuos sino también como deber de protección y obligación de respeto.

En esta misma línea el Título VII “Medio Ambiente”, constituye una clara apuesta del legislador autonómico por la protección de la naturaleza dedicándole expresamente un título entero del Estatuto. El primer artículo del mismo, el 195 dispone que “*los poderes públicos orientarán sus políticas a la protección del medio ambiente, la conservación de la biodiversidad, así como de la riqueza y **variedad paisajística** de Andalucía, para el disfrute de todos los andaluces y andaluzas y su legado a las generaciones venideras*”.

III. LAS ZONAS PATRIMONIALES EN LA LEY 14/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE PATRIMONIO HISTÓRICO DE ANDALUCÍA

La Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de 2007, de Patrimonio Histórico de Andalucía, constituye un nuevo hito en la evolución legislativa de la protección del patrimonio histórico en Andalucía. Esta ley aprobada en el nuevo marco legal fijado por el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 27 de marzo de 2007 se adapta a las nuevas necesidades y crea la figura de protección objeto de este trabajo de investigación: la zona patrimonial y la define en el art. 26.

La ley regula las zonas patrimoniales como bienes de interés cultural. Sin embargo no ha de olvidarse que la extensión territorial de este BIC ha de influir necesariamente en la aplicación del régimen general que para estos bienes prevé la ley. Entre los aspectos más relevantes del régimen jurídico que habrán de ser repensados desde la perspectiva territorial se encuentran las obligaciones de conservación de los propietarios, el derecho de tanteo y retracto que ostenta la Administración, la elaboración de una Plan Especial de protección, la necesidad de redactar instrucciones particulares que garanticen una adecuada zonificación de los niveles de protección, la creación de Parques Culturales y la relación con la normativa ambiental, entre otros.

Por su interés, y por representar la más directa voluntad de los redactores de la LPHA, señalaremos a continuación los aspectos más relevantes de la Introducción que realiza Guillermo López Reche (miembro de la Comisión redactora de la Ley) a la misma⁷.

⁷ *La Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de 2007, de Patrimonio Histórico de Andalucía. Primera Aproximación*. Redactores del proyecto legislativo. Consejería de Cultura, Junta de Andalucía, Sevilla, 2008.

Señala éste que uno de los objetivos de esta ley consiste en crear un cuerpo jurídico único de normativa sectorial en materia de patrimonio histórico para su aplicación en el territorio andaluz, que sin perjuicio de la necesaria aplicación de la ley estatal en los aspectos considerados básicos, permitiera superar la situación anterior. La Ley 1/1991, al complementar en algunos aspectos y al desarrollar en otros la ley estatal, exigía de la aplicación simultánea de ambas. La finalidad de la LPHA es pues la de constituir un texto integrador que contemple de la manera más completa toda la normativa en materia de patrimonio histórico aplicable a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Además esta ley persigue incrementar la coordinación con la normativa urbanística, especialmente con la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, cuestión ésta muy relevante a los efectos del presente trabajo debido a la importante incidencia en el territorio que tiene la figura de la zona patrimonial.

En relación a la zona patrimonial señala López Reche que la figura definida en el artículo 26.8 *responde a la necesidad de contar con una figura de protección donde el territorio, en tanto que ámbito en el que se produce la evolución humana, tenga un papel central. Los diferentes testimonios o permanencias de esta evolución, con independencia de su momento histórico o de su naturaleza arqueológica, monumental, etnológica de cualquier otro orden, constituyen junto con los valores paisajísticos o medioambientales el conjunto patrimonial que ha de ser protegido.*⁸

Siguiendo ya con el preámbulo de la Ley, que si bien no tiene carácter normativo, si constituye, como ha venido manteniendo de forma unánime la doctrina, un instrumento esencial para la interpretación de las normas, debe producirse el siguiente párrafo en relación a la zona patrimonial:

La fuerte relación del patrimonio con el territorio, así como las influencias recíprocas existentes, está presente en cada una de estas figuras, pero se hace patente de un modo mucho más intenso en la Zona Patrimonial. Aquí el territorio articula un sistema patrimonial integrado, en el que coexisten bienes de distinta naturaleza y cronología, unidos indisolublemente a los valores paisajísticos y ambientales.

En este punto llama la atención el preámbulo puesto que no casa con la defi-

⁸ Hasta la fecha sólo se ha declarado una Zona Patrimonial en Otíñar, Jaén. Decreto 354/2009, de 13 de octubre (BOJA número 203 de 26 de octubre) la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz como Bien de Interés Cultural, con la tipología de Zona Patrimonial, el Bien denominado Otíñar.

nición del artículo 28 que no configura como indisoluble la relación con los valores paisajísticos o ambientales sino tan sólo posible, al utilizar el término *en su caso*.

Además el preámbulo se refiere igualmente a los Parques Culturales como una nueva institución creada específicamente para la gestión de las zonas patrimoniales. Se indica en el mismo que dada la presumible amplia extensión territorial de esta tipología, así como la diversidad de elementos protegidos que ha de reunir, se ha planteado un órgano de gestión que pueda integrar a las diversas Administraciones y sectores implicados.

Desde del punto de vista del Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía se estructura, según dispone el artículo 7, en Bienes de Interés Cultural, bienes de catalogación general y bienes incluidos en el Inventario de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico Español. La zona patrimonial se incardina en la categoría de Bien de Interés Cultural lo que conlleva la aplicación del régimen jurídico de los bienes de interés cultural con las especialidades que establece la norma y que hará necesario plantearse diversas cuestiones relativas a dicho régimen en relación con una figura de protección tan novedosa y distinta a las anteriores, especialmente en lo que respecta a su amplia extensión territorial.

1. Definición de zona patrimonial

La definición de la zona patrimonial constituye una figura muy abierta, tal y como se pondrá de manifiesto con posterioridad al analizar cada uno de los términos que la componen, lo cual implica un alto grado de discrecionalidad por parte de la Administración, discrecionalidad que sin embargo debe recordarse no está exenta de un debido control a través de la motivación del expediente y la declaración. La definición actual puede dar cabida a muy distintas realidades de suerte que si no se utiliza realizando la adecuada reflexión acerca de qué se quiere proteger en concreto para que exista un mínimo común denominador entre todos los ámbitos que se protejan, la figura se desvirtuaría. **El logro de esta figura, la protección del patrimonio a escala territorial, constituye a su vez su principal enemigo, puesto que habrá de delimitarse bien qué territorio y con qué características constituye una zona patrimonial.**

Esta figura además guarda una especial relación con la normativa medioambiental.

El artículo 25 LPHA, como frontispicio del Título III de la Ley “Patrimo-

nio Inmueble”, y del Capítulo I “Clasificación y ámbito de los Bienes de Interés Cultural”, recoge como tipologías de los bienes inmuebles que por su interés para la Comunidad Autónoma puedan ser objeto de inscripción como Bien de Interés Cultural los siguientes:

- a) Monumentos.
- b) Conjuntos Históricos.
- c) Jardines Históricos.
- d) Sitios Históricos.
- e) Zonas Arqueológicas.
- f) Lugares de Interés Etnológico.
- g) Lugares de Interés Industrial.
- h) Zonas Patrimoniales.

El artículo 26, párrafo octavo, define las Zonas Patrimoniales como

Aquellos territorios o espacios que constituyen un conjunto patrimonial, diverso y complementario, integrado por bienes diacrónicos representativos de la evolución humana, que poseen un valor de uso y disfrute para la colectividad y, en su caso, valores paisajísticos y ambientales.

De cara a una mejor comprensión de esta figura debemos abordar de forma pormenorizada esta definición.⁹ Para ello debe analizarse el primer término que se refiere al continente, que a su vez constituye contenido en este caso, pero que parece determinar la envoltura a la vez que constituye parte integrante de los bienes objeto de protección.

a) El **territorio** es definido por la Real Academia de la Lengua Española como la *porción de superficie terrestre perteneciente a una nación, región o provincia* y el **espacio** como *continente de todos los objetos sensibles que existen o parte de este continente que ocupa cada objeto sensible*.

⁹ De especial interés el artículo de Javier Verdugo Santos *El territorio como fundamento de una nueva retórica de los bienes culturales*, Boletín del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico, n.º 53, abril 2005, páginas 94 a 105. En este artículo Javier Verdugo analiza el papel del territorio en la protección de los bienes culturales y cómo es reflejo de la evolución de la vida humana en el mismo; analiza la experiencia de los Parques Arqueológicos y de los Parques Culturales de Aragón y realiza una serie de propuestas de gran relevancia al respecto, entre ellas adelanta la definición de zona patrimonial que finalmente se incorporará a la ley (con algún matiz). También resulta interesante porque hace hincapié en el territorio y el patrimonio como factor de desarrollo y motor económico unido a la figura de gestión de las zonas patrimoniales.

La novedad en la definición de esta nueva tipología de Bien de Interés Cultural estriba, como ya venía anticipándose, es la palabra territorio, puesto que el término espacio es utilizado igualmente en las definiciones de las tipologías de Jardines Históricos, Zonas Arqueológicas, Lugares de Interés Etnológico y Lugares de Interés Industrial. El término espacio que parece referirse a un ámbito de superficie menor que el de territorio serviría no obstante en la definición del artículo 26.8 para referirse al aspecto del continente. Frente al término más amplio de territorio la Ley define el resto de las figuras con términos que claramente denotan una menor superficie o más pequeña delimitación en el terreno, como el de lugar o paraje.

Sigue en este punto la ley el Convenio Europeo del Paisaje que define éste en su artículo 1 como *cualquier parte del territorio*. Si bien en este punto la ley andaluza se aparta del convenio en el sentido de no exigir que sea un territorio *tal como lo percibe la población*. La Ley andaluza ha preferido en este punto apartarse del importante elemento subjetivo que define al paisaje en el Convenio de Florencia y ello es de alabar desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

El territorio es pues un ámbito material de la realidad de relevante extensión que sirve para definir esta figura de protección en un primer nivel. Es precisamente este amplio ámbito el elemento esencial a considerar en el análisis de esta figura de protección pues necesariamente ha de incidir en la configuración del procedimiento administrativo de declaración de la misma, en la configuración de los deberes de los propietarios de los terrenos incluidos en el mismo, en la mayor trascendencia de la coordinación con la normativa urbanística y medioambiental, en la elaboración de las instrucciones particulares así como en el establecimiento de un sistema de gestión, el Parque Cultural, como primeras cuestiones destacables a señalar.

El salto cualitativo espacial que implica esta figura y la enorme trascendencia que ello conlleva en el régimen jurídico que resulta de aplicación, y que necesariamente se irá configurando a través del correspondiente desarrollo normativo y de los concretos expedientes que se vayan tramitando, requiere un especial esfuerzo por parte del legislador y de la Administración, así como de una especial cautela en el equilibrio que ha de lograrse entre la tutela del patrimonio y los derechos de los particulares, especialmente el derecho de propiedad.

Este salto cualitativo recuerda necesariamente al momento de principios del S.XX en el que se produjo el cambio de la protección del monumento al

del conjunto histórico-artístico mediante el Decreto-Ley de 1926. La normativa pasó de regular la protección de un bien inmueble singularmente concebido, y por lo tanto de más fácil regulación, a proteger ámbitos más extensos constituidos por agrupaciones de construcciones (en el art. 26.2 LPHA se define como agrupaciones de construcciones urbanas o rurales junto con los accidentes geográficos que las conforman, relevantes por su interés histórico, arqueológico, paleontológico, artístico etnológico, industrial, científico, social o técnico, con coherencia suficiente para constituir unidades susceptibles de clara delimitación).

Por ello ha de destacarse una vez más que es éste elemento, *el territorio*, como bien indica el preámbulo de la ley el elemento esencial, en un primer nivel, definitorio de esta figura de protección y realidad material sobre la que aplicar el régimen jurídico general de los bienes de interés cultural. No es una cuestión baladí puesto que la ley establece un régimen jurídico general para los bienes de interés cultural, si bien con ciertas especialidades en casos concretos, que resulta en ocasiones de difícil aplicación por la distinta realidad material a la que viene referido. No han de resultar de igual aplicación las obligaciones de conservación o custodia establecidas para los titulares de los bienes integrantes del patrimonio histórico previstas en el artículo 14 LPHA según se trate de un monumento o de un inmueble singular incardinado en una zona patrimonial.

Debido a la gran extensión territorial de las zonas patrimoniales procede plantearse: ¿Qué pasa si el territorio que se pretende proteger se encuentra parte dentro de una Comunidad Autónoma y parte dentro de otra? Esta pregunta tiene fácil respuesta pero difícil ejecución material. En este caso será necesario para proteger la totalidad del territorio que ambas Comunidades Autónomas tengan en sus respectivas legislaciones de protección del patrimonio histórico o cultural una figura similar de protección, que tramiten los procedimientos, si no de forma simultánea lo más paralelamente posible, y que realicen una verdadera labor de colaboración¹⁰ de cara no sólo a obtener una declaración coherente de protección de ese territorio sino también, en el caso de aprobarse instrucciones particulares que den lugar a actos aplicativos de las mismas o que se constituya un órgano de gestión común, que no surjan distorsiones en su funcionamiento.

¹⁰ El artículo 247 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, bajo la rúbrica “Cooperación interregional y transfronteriza”, dispone que: La Junta de Andalucía promoverá la formalización de convenios y acuerdos interregionales y transfronterizos con regiones y comunidades vecinas en el marco de lo dispuesto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la normativa europea de aplicación.

En cuanto a los Paisajes transfronterizos el art. 9 del Convenio del Paisaje dispone que “Las partes se comprometen a favorecer la cooperación transfronteriza a nivel local y regional y, en caso necesario, a elaborar y realizar programas comunes en materia de paisajes”. Este compromiso puede llevarse a cabo mediante la celebración de los correspondientes convenios de colaboración.

b) Dicho territorio ha de constituir un **conjunto patrimonial** debiendo entenderse por conjunto dos o más bienes y por patrimonial, necesariamente en el seno de esta ley, como bienes que tienen valores culturales dignos de protección. El hecho de que sean dos o más bienes resulta consustancial a la propia figura puesto que ha de considerarse que uno de esos bienes es el territorio, como continente y contenido, y como soporte del resto de los bienes en él integrados, y el resto una serie de bienes de diversa naturaleza como veremos a continuación a tenor de los adjetivos utilizados para definir tanto el conjunto patrimonial como los bienes que lo integran.

Desde un punto de vista práctico, a priori, y sin más antecedente que la declaración de Otúñar como zona patrimonial, puede concebirse como zona patrimonial un extenso territorio en el que pueden encontrarse bienes inmuebles tanto de valor histórico, artístico, etnológico, industrial... Dada la extensión de la figura resulta muy probable que dentro de una zona patrimonial puedan existir otros bienes declarados bien de interés cultural o que hayan sido objeto de catalogación general.

Otra cuestión que cabe plantearse en este momento es si debe existir una continuidad territorial en todo el ámbito o pueden protegerse ámbitos distantes entre sí bajo una misma declaración.

c) Dicho conjunto patrimonial ha de ser **diverso y complementario**. Debe entenderse por diverso que los bienes que integren dicho conjunto patrimonial sean de diferente naturaleza, características o tipología y que además dichos bienes resulten complementarios entre sí. Si bien la ley refiere el adjetivo *complementario* al sustantivo *conjunto patrimonial*, lo cual parece presentar algún tipo de dificultad de comprensión puesto que complementario es un adjetivo empleado para referir dos realidades simultáneamente, una respecto de otra, en el contexto de la ley ha de entenderse necesariamente que serán los bienes que integran ese conjunto patrimonial los que han de presentar dicha nota de complementariedad entre sí. Y por complementariedad puede entenderse que para la comprensión, valoración y disfrute de unos bienes han de considerarse necesariamente los demás, todos simultáneamente en cuanto que conjunto pa-

trimonial. Por lo tanto debe existir una coherencia cualitativa entre dichos bienes.

En relación a los bienes que integran el conjunto patrimonial la ley los caracteriza a través de dos notas, a las que hay que añadir la anteriormente señalada de *complementarios*, por entender que éste término es de más lógica aplicación al término bienes que al de conjunto patrimonial.

d) Así por otra parte dichos bienes han de ser *diacrónicos*, es decir, procedentes de distintas épocas. Este calificativo resulta más que adecuado en la definición de esta nueva tipología de protección puesto que pone de manifiesto cómo ésta figura permite apreciar a través de bienes de diversa naturaleza, características y épocas la evolución del hombre en un determinado ámbito territorial. Piénsese en una zona patrimonial en la que pueda encontrarse un yacimiento arqueológico, unas minas romanas explotadas intermitentemente hasta la actualidad, una ermita mudéjar, un tipo de vegetación procedente de determinadas actividades agrícolas...

Esto permite plantearse la siguiente cuestión, si en un ámbito hay bienes de varias épocas, pero los más predominantes, relevantes o numerosos proceden de una sólo época (por ejemplo un yacimiento arqueológico romano) debería plantearse si no es más acertado utilizar la figura de zona arqueológica y no la de zona patrimonial, puesto que para que ésta se distinga de aquélla, deben concurrir en la misma bienes de diversas épocas con igual importancia e intensidad tanto por su valor como por su incidencia en el territorio.

e) Dichos bienes finalmente han de ser *representativos de la evolución humana*. Si bien esta nota ya ha sido citada anteriormente, conviene resaltar la influencia que en este calificativo ha tenido el Convenio Europeo del Paisaje, pues al definir éste en su artículo 1 el paisaje *como cualquier parte del territorio, tal como lo percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos*, está refiriéndose precisamente a las huellas de la evolución humana en un determinado territorio, al testimonio de civilidad.

f) Finalmente dichos bienes han de poseer un *valor de uso y disfrute para la colectividad*, y en su caso, valores paisajísticos y medioambientales.

Dicho valor de uso y disfrute para la colectividad constituye en realidad una nota característica de todos los bienes patrimoniales, sin embargo el hecho de que la ley ahora enfatice este aspecto puede deberse al hecho de que dicho

valor de uso y disfrute (vid. Declaración XXXIX de la Comisión Franceschini) resulta mucho más inmediato en este tipo de bienes que en otros, por su propia naturaleza y dimensión territorial. Mientras que en un monumento, una zona arqueológica o jardín histórico el ciudadano debe desplazarse expresamente para disfrutarlo, pudiendo visitarlo en las horas de apertura al público generalmente, la zona patrimonial está siempre abierta al público, puesto que es una gran extensión de terreno, acotada en cuanto a su delimitación como figura de protección, pero no desde un punto de vista material, es decir dicha porción de terreno no se cierra, sino que siempre está abierta y se disfruta, sin perjuicio de que determinados elementos individuales de la misma puedan estar sujetos a restricciones desde el punto de vista de la visita pública y todo ello por razones de protección o gestión. De ahí que la consignación expresa de estas notas de uso y disfrute para la colectividad resulten tan acertadas en la definición de zona patrimonial. Estas notas han de ponerse igualmente en relación con los conceptos de interés general, de calidad de vida y de desarrollo sostenible.

g) En cuanto al segundo de los aspectos, a saber, que dichos bienes posean **en su caso, valores paisajísticos y ambientales** debe destacarse por una parte el acierto al integrar este tipo de valores en la definición y por otra parte las complicaciones que ello puede acarrear.

Así por una parte la incorporación de dichos valores a la definición de zona patrimonial obedece una vez más a la necesaria integración en el ordenamiento español de la normativa internacional, y en este caso del Convenio Europeo del Paisaje que lo define como cualquier parte del territorio, tal como lo percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos. Por ello cabe concluir que en la definición de paisaje desde el punto de vista internacional el mismo será resultado de la acción e interacción de factores naturales y humanos unas veces, solamente naturales en otras ocasiones o solamente humanos en otros. Sin embargo en la definición de zona patrimonial desde la perspectiva de la legislación autonómica siempre habrá bienes representativos de la evolución humana pero podrán concurrir o no valores medioambientales, en unas ocasiones sí y en otras no.

El hecho de que esos valores paisajísticos y ambientales (al indicar la ley —en su caso—) puedan estar presentes en unas ocasiones sí y en otras no contradice totalmente el propio texto del preámbulo de la ley que se refiere a la zona patrimonial como un sistema patrimonial integrado, en el que coexisten bienes de distinta naturaleza y cronología, *unidos indisolublemente* a los valores pai-

sajísticos y ambientales existentes. El calificativo *unidos indisolublemente* choca frontalmente con el término *en su caso* empleado en la definición del artículo 26.8. Por ello, llegados a este punto se plantea la duda de si en este tipo de bienes habrán de concurrir siempre dichos valores paisajísticos y ambientales, como indica el propio preámbulo de la ley, o por el contrario la concurrencia de dichos valores no constituye una condición esencial en la definición de las zonas patrimoniales, si bien una aspiración en la mayoría de los casos.

Esta duda debe ser despejada puesto que siguiendo la noción de bien cultural ambiental lo lógico es que sea la intención plasmada en el preámbulo, la unión indisoluble de valores culturales y naturales, la que permita describir el paisaje cultural.

2. Diferencia con otras figuras de protección de la ley

Al inicio de este artículo se ha indicado que tras el estudio de la evolución de las figuras de protección en la normativa española pueden significarse como figuras que constituyen antecedentes más cercanos de la zona patrimonial el sitio histórico y el lugar de interés etnológico, figuras que hoy día siguen existiendo y de las que debe diferenciarse la zona patrimonial.

En el marco legal actual, y después de haber realizado un esfuerzo de definición de zona patrimonial, puede concluirse que ésta figura puede intercambiarse fácilmente con otras, debido a lo ambiguo de su definición. No resulta difícil pensar en algún ámbito de la realidad que por sus valores pueda ser protegido bien como sitio histórico, como lugar de interés etnológico, como lugar de interés industrial e incluso como zona arqueológica. Por ello, dada la ambigua definición ofrecida por la ley de esta categoría y la fácil intercambiabilidad con otras figuras, debe realizarse un especial esfuerzo en definir la misma poco a poco a través de los distintos expedientes que se tramiten para conseguir que adquiera identidad propia frente al resto de figuras de forma inducta.

Dicha intercambiabilidad no resulta sólo predicable respecto de las demás figuras recogidas en la Ley de Patrimonio Histórico sino también en la normativa ambiental.

La Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía como ya indicamos anteriormente crea la figura de Lugar de Interés Etnológico (con mención expresa en su definición al término *paraje natural*), suprimiendo de la definición de sitio históricos la mención a los valores etnológicos, por lo

que puede considerarse que el Lugar de Interés Etnológico constituye una surte de subcategoría evolucionada y especializada del sitio histórico.

La cuestión estriba ahora en diferenciar la zona patrimonial de estas dos figuras en el marco legal vigente de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía de 26 de noviembre 2007 (art. 26), si bien se adelanta que la diferencia esencial radica en la dimensión territorial de la zona patrimonial.

TIPOLOGÍA	DEFINICIÓN
Sitios Históricos	<u>Lugares</u> vinculados a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras humanas, que posean un relevante <u>valor histórico, etnológico, arqueológico, paleontológico o industrial</u> .
Lugares de Interés etnológico	<u>Parajes, espacios, construcciones o instalaciones</u> vinculados a formas de vida, cultura, actividades y modos de producción propios del pueblo andaluz, que merezcan ser preservados por su <u>valor etnológico</u> .
Zonas patrimoniales	Aquellos <u>territorios o espacios</u> que constituyen un conjunto patrimonial, diverso y complementario, integrado por bienes diacrónicos representativos de la <u>evolución humana</u> , que poseen un valor de uso y disfrute para la colectividad y, en su caso, <u>valores paisajísticos y ambientales</u> .

El elemento esencial diferenciador como hemos indicado a lo largo de todo el trabajo estriba en la extensión del espacio a proteger, mientras que las zonas patrimoniales abarcan *territorios o espacios* (sentido amplio), los sitios históricos y los lugares de interés etnológico están referidos a *lugares, parajes, espacios o construcciones* (términos éstos que parecen referirse a una extensión menor y más acotada).

Otro importante elemento diferenciador es el tipo de valores que pueden protegerse en cada uno de ellos. De menor a mayor número de valores el Lugar de Interés Etnológico tiene por objeto proteger exclusivamente valores etnológicos, los sitios histórico sin embargo abarcan diversos valores (históricos –éste el fundamental dada su definición más clásica– *vinculados a acontecimientos o recuerdos del pasado*, etnológicos, arqueológicos, paleontológicos o industriales) y la zona patrimonial al referirse a bienes representativos de la evolución humana puede comprender valores históricos, etnológicos, arqueológicos, paleontológicos o industriales, científico, técnico o social. Además, según el artículo 26, con la crítica que se ha realizado en el apartado relativo a la definición de zona patrimonial, permite, según los casos que también existan valores paisajísticos y ambientales dignos de protección.

Otro importante elemento diferenciador radica en la obligación que establece la ley de redactar planes especiales de protección para los sitios históricos y para las zonas patrimoniales, exigencia ésta que no se aplica a los lugares de interés etnológico.

Finalmente debe destacarse que la creación de una Zona Patrimonial se encuentra íntimamente ligada a la figura de gestión del Parque Cultural según establece la propia ley, por ello la protección del ámbito delimitado por una zona patrimonial no finaliza con la declaración, o la aprobación del plan especial, sino que puede requerir de la constitución de un Parque Cultural como forma de gestión de dicha zona, dando cabida y participación a los sectores implicados, según dispone el artículo 81 de la Ley.

Estas diferencias han de ser tenidas en cuenta en orden a la adecuada elección de la tipología en los expedientes de protección siendo esencial que se justifique adecuadamente las razones para la opción por una u otra figura, dado que el régimen legal no es idéntico en todas ellas.

3. Procedimiento de inscripción

En cuanto al procedimiento de inscripción de un Bien de Interés Cultural en la tipología de la zona patrimonial ha de seguirse el procedimiento general previsto en la ley, si bien señalando ciertas especialidades y reflexionando sobre las cuestiones jurídicas más relevantes o trascendentales, especialmente en lo que a los derechos de terceros respecta. Este procedimiento se encuentra regulado en el artículo 9 LPHA. No van a ser analizadas las disposiciones de naturaleza reglamentaria que regulen también éste procedimiento dado que excede del contenido del trabajo y están siendo objeto de revisión.

a) Incoación (art. 9.1.).

La LPHA establece que el procedimiento para la inscripción de un bien en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía se incoará por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico. Dicho procedimiento sin embargo también puede incoarse a petición de cualquier persona física o jurídica mediante solicitud razonada. No obstante dicha solicitud se entenderá desestimada transcurridos tres meses desde su presentación sin haberse dictado resolución expresa.

La incoación a petición de terceros de un procedimiento de inscripción de un BIC no es usual, pero tampoco resulta extraordinaria. En la práctica administrativa se da en algunos casos en los que existe algún propietario de un bien que desea obtener la protección del mismo (lo cual no es usual debido al régimen jurídico aplicable a los mismos que implica una relevante modulación de las facultades de los propietarios) o algún colectivo (asociaciones generalmente) que constituyéndose en defensa de los denominados intereses difusos solicitan la protección de un bien o bien se personan en un procedimiento ya incoado presentando alegaciones a favor de la declaración.

Si bien no se trata de una declaración de zona patrimonial, sí debe destacarse enlazando con la anterior idea de participación ciudadana, la reciente aprobación del Decreto 57/2010, de 2 de marzo, por el que se inscribe en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz como Bien de Interés Cultural, con la tipología de Zona Arqueológica, la zona delimitada en los términos municipales de Valencina de la Concepción y Castilleja de Guzmán (Sevilla). En este expediente ha sido muy llamativa la participación de asociaciones de la zona defensoras del bien que avalaban la propuesta e incluso proponían una extensión de la misma incluso más amplia que la finalmente aprobada. Se destaca este expediente puesto que el ámbito territorial de la zona es bastante amplio, y a pesar de dicha amplitud no ha presentado problemas por parte de los propietarios de los terrenos afectados puesto que a través del planeamiento urbanístico ya se habían incluido medidas de protección basadas en la Carta Arqueológica previa. El Decreto no hace sino incorporar a un instrumento específico de protección del patrimonio histórico la protección sectorial que ya ofrecía el planeamiento urbanístico, si bien extendiendo un poco más su ámbito en base a informes técnicos del expediente que así lo aconsejaban.

En el caso de la zona patrimonial, al exigir la ley que la petición de incoación por terceros esté motivada mínimamente será necesario que aquéllos particulares que insten a la Administración para que ésta incoe un determina-

do procedimiento presenten una mínima argumentación técnica, acompañada incluso en ocasiones por documentación, planos, informes... que avalen dicha petición.

Frente al resto de las figuras presenta sin embargo ésta un importante estímulo a esta iniciativa por parte de los particulares. Dado que la ley prevé como órgano de gestión de las zonas patrimoniales los denominados Parques Culturales, y éstos se constituyen con la participación de la administración y de los sectores implicados, puede pensarse en algún caso en que una comarca o región (las administraciones y entidades públicas o privadas radicadas en la misma) tenga especial interés en ser declarada zona patrimonial para poder acceder a esa figura de gestión, el Parque Cultural, como figura que permitirá potenciar el desarrollo de la zona. Esto último se deja indicado a efectos puramente orientativos puesto que en estos momentos se están llevando a cabo el procedimiento para la aprobación de reglamento de desarrollo de la LPHA en el que se regula esta figura.

Desde un punto de vista formal la incoación habrá de revestir la forma de Orden de la Consejería de Cultura y publicarse en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

b) Anotación preventiva en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía (art. 9.2.)

Una vez incoado el procedimiento se produce la anotación preventiva del bien en el Catálogo acarreado ello la protección cautelar del inmueble que cesará cuando se deje sin efecto la incoación, se resuelva el procedimiento o se produzca su caducidad.

El artículo 8 dispone, bajo la rúbrica “Efectos de la inscripción”, que *“sin perjuicio de las obligaciones establecidas en esta Ley para las personas propietarias, titulares de derechos o poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, la inscripción en el CGPA llevará aparejados los siguientes efectos: a) la inscripción de Bienes de Interés Cultural les hará gozar de una singular protección y tutela, de acuerdo con lo previsto en la Ley y con las instrucciones particulares que, en su caso, se establezcan de acuerdo con el artículo 11”*.

La incoación de un procedimiento de inscripción determina pues la aplicación cautelarmente del régimen previsto en la ley para los bienes de interés cultural. Éste régimen como indicamos a lo largo de todo el trabajo adquiere especial relevancia cuándo el ámbito territorial al que va a ser aplicado resul-

ta tan extenso como en el caso de las zonas patrimoniales. No sólo resultará de aplicación lo dispuesto en la ley con carácter general para los bienes de interés cultural sino que habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en las Instrucciones Particulares, que en su caso puedan aprobarse. Especial relevancia adquiere en este punto la orden de paralización de las obras que lleva aparejada la incoación en un ámbito territorial extenso.

- c) Contenido del expediente: los informes técnicos y la discrecionalidad técnico-administrativa

Debe destacarse especialmente la relevancia de este apartado dado que en este tipo de expedientes se pone de manifiesto una vez más la interdisciplinariedad del trabajo patrimonial puesto que debido a la propia definición de la zona patrimonial de la ley, así como de la distinta naturaleza de los valores a proteger y considerar puede ser necesario incorporar al expediente informes de arqueólogos, historiadores, geógrafos, geólogos, antropólogos, arquitectos...

Dichos Informes constituyen en definitiva la motivación del acto declarativo de Bien de Interés Cultural, identifican el ámbito territorial que ha de abarcar la zona patrimonial, describen y singularizan los valores dignos de protección y en definitiva permiten que las personas afectadas por la declaración conozcan las razones o motivos por los que la Administración decide proteger un determinado territorio, por qué dicho territorio abarca determinados espacios y en definitiva qué bienes en el mismo representan valores que deben ser protegidos. El conocimiento de la motivación de la actuación de la Administración resulta esencial desde una doble vertiente: por una parte porque permite a los administrados comprender el por qué de la actuación de la Administración, e incluso identificarse con la misma¹¹ y por otra porque sirve de base para formular alegaciones en el expediente o en su caso recurrir ante los tribunales el decreto correspondiente.

Como señala Concepción Barrero Rodríguez¹² “el control de los tribunales sobre el acto de declaración abarca, en consecuencia, no sólo los posibles vi-

¹¹ En este sentido los Decretos que declaran los Parques Culturales de Aragón contienen una sucinta aunque detallada y concisa justificación de la necesidad de creación del parque y de los valores existentes en el mismo lo que permite al ciudadano entender, aceptar y e identificarse con la declaración.

¹² *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Instituto García Oviedo de Sevilla, Civitas, Madrid 1990, página 302.

cios o defectos que puedan concurrir en el procedimiento que conduce al mismo, sino que se extiende, también, al análisis de si existen o no aquéllas circunstancias que lo legitiman. Desde esta perspectiva, resulta claro que el control de los hechos determinantes se reconduce, en última instancia, a un problema de prueba, de motivación suficiente, a la necesidad de que la Administración en el expediente incoado al efecto, constate de manera fehaciente que concurren en el bien las circunstancias que hacen posible su declaración como tal". Se recuerda en este punto el art. 54.1.a) de la Ley 30/1992 en relación a la motivación de los actos administrativos.

Esta cuestión al igual que otras abordadas con anterioridad ha sido analizada de forma detallada por la doctrina jurídica¹³. Los autores señalan que si bien en un principio mediante los actos declarativos se pretende concretar un concepto jurídico indeterminado, como el correspondiente al valor o valores de un bien (histórico, artístico, industrial...), finalmente al remitir dichos conceptos al posicionamiento de los especialistas de las distintas disciplinas estaríamos ante un típico caso de discrecionalidad técnica. El hecho de tratarse de un caso de discrecionalidad técnica no va a impedir sin embargo que ésta pueda ser controlada ante los tribunales a través de la suficiente motivación a la que se ha hecho referencia con anterioridad al analizar la importancia de los informes técnicos.

Si además la declaración incluye un entorno, posibilidad esta factible en base a lo previsto en el artículo 28 de la Ley también deberá motivarse la delimitación de dicho entorno.

d) Información pública y audiencia (art. 9.3)

La LPHA dispone que en el procedimiento de inscripción de un Bien de Interés Cultural, en el caso de bienes inmuebles y de actividades de interés etnológico, será preceptivo el trámite de información pública, así como de audiencia al municipio del término donde radique el bien o la actividad y a otros organismos públicos afectados.

Por una parte se encuentra el trámite de información pública que se lleva

¹³ Concepción, BARRERO RODRÍGUEZ, en *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Instituto García Oviedo de Sevilla, Civitas, Madrid 1990, páginas 289 y ss. Juan Manuel ALEGRE ÁVILA, en *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Editorial Ministerio de Cultura, Colección análisis y documentos, Madrid, 1994, páginas 529 y ss.

a cabo mediante la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Durante dicho trámite cualquier persona física o jurídica puede realizar las alegaciones que considere oportunas.

Igualmente durante el trámite de audiencia a los municipios u organismos públicos afectados podrán efectuarse dichas alegaciones.

Éste tipo de alegaciones en algunos casos tienen por objeto apoyar el procedimiento de inscripción, en otras lo cuestionan íntegramente por no compartir su objeto y en la mayoría de las ocasiones, cuando se producen, tienen por objeto obtener una modificación (ya sea para ampliar o para reducir) del ámbito objeto de protección por considerar que en el mismo concurren o no valores dignos de protección.

La presentación de alegaciones favorables en los procedimientos de inscripción de bienes de interés cultural se encontrará seguramente vinculada a la elaboración de una cuidada y fundamentada documentación técnica que presente de forma indubitada la existencia de valores dignos de protección y justifique su extensión. Junto a ello, una figura de protección de ámbito territorial tan extenso como la zona patrimonial, requiere para su éxito ser percibida por la población y las autoridades municipales no como un freno al desarrollo sino como una ocasión para aunar esfuerzos en el desarrollo sostenible de un determinado ámbito. Aquí la labor de la Administración Autonómica al regular la figura reglamentariamente, especialmente lo atinente a los Parques Culturales, y al darla a conocer resultará esencial de cara a la aceptación por la ciudadanía.

La Administración en el seno del procedimiento procederá a analizar las alegaciones presentadas pudiendo ser éstas desestimadas o estimadas total o parcialmente, conllevando ello la modificación del proyecto inicial, no siendo esto último inusual cuando las alegaciones de los particulares están debidamente fundamentadas.

e) Informes de instituciones consultivas (art. 9.6)

Tras haber sido presentadas las alegaciones se solicitará el informe favorable de alguno de los órganos consultivos reconocidos en la ley. Transcurridos no obstante dos meses desde la solicitud del informe sin que éste se haya emitido, se entenderá emitido favorablemente.

El órgano consultivo llamado a evacuar éste informe será la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico correspondiente a la provincia en que se en-

cuentren los bienes a tenor de lo dispuesto en el artículo 100 LPHA que le atribuye las funciones de asesoramiento, informe y coordinación en los procedimientos de inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía. La Ley no contiene previsión específica de la competencia para informar los expedientes de zonas patrimoniales que abarquen dos provincias, siendo lo lógico que se informen por las Comisiones de cada una de ellas, pero pudiendo plantearse la situación de que tratándose de un mismo expediente reciba informes en distinto sentido por cada una de las Comisiones, cuestión ésta que podría ser objeto de clarificación en el reglamento de desarrollo de la ley.

f) Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

Al aprobarse estas declaraciones mediante Decreto del Consejo de Gobierno resulta preceptivo el Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía según lo dispuesto en el art. 78 del Reglamento de organización y funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía aprobado mediante el Decreto 450/2000, de 26 de diciembre.

Este Informe jurídico tiene un doble objeto, por una parte de índole procedimental supervisando la adecuación del procedimiento seguido y todos sus trámites a la normativa vigente, y por otra parte sustantiva en orden a comprobar especialmente la motivación del borrador del decreto que se informa, así como de los informes técnicos que obran en el expediente. Mediante este informe también se analizan las cuestiones legales importantes que puedan plantearse y que puedan suscitar algún tipo de controversia legal.

g) Duración del procedimiento. (art. 9.8)

La resolución del procedimiento ha de llevarse a cabo en el plazo de 18 meses desde la fecha de incoación, produciéndose la caducidad del mismo si en dicho plazo no se ha dictado y notificado la resolución. Declarada la caducidad del procedimiento no podrá volver a iniciarse en los tres años siguientes, salvo a instancias del titular del bien o de al menos dos instituciones consultivas no dependientes de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico.

h) Resolución del procedimiento (art. 7.a)

Finalmente se producirá la resolución del procedimiento mediante Decreto del Consejo de Gobierno al tratarse de un Bien de Interés Cultural. Dicho

Decreto habrá de ser publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. También deberá ser notificado a los municipios afectados por la misma.

4. La resolución de declaración de zona patrimonial: naturaleza jurídica, motivación y efectos

- a) El acto de declaración y su naturaleza jurídica de acto administrativo

La naturaleza jurídica de los actos declarativos de bienes de interés cultural ha sido objeto de estudio por la doctrina jurídica al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, y tras una inicial vacilante jurisprudencia, puede finalmente concluirse sin duda alguna que el acto por el cual se declara un bien como integrante del patrimonio histórico es un acto administrativo que no hace sino concretar las previsiones de una norma a un caso concreto.¹⁴ Al tratarse de un acto administrativo cabe recurso de reposición potestativo y previo a la vía judicial.

Cuestión distinta es la naturaleza jurídica de las instrucciones particulares que en su caso puedan aprobarse junto con el Decreto como se verá a continuación.

- b) La motivación de la resolución como reflejo del trabajo técnico incorporado al expediente

Ya ha sido abordado en otro epígrafe la importancia de los informes técnicos así como la especial discrecionalidad técnica que opera en este tipo de ex-

¹⁴ Concepción, BARRERO RODRÍGUEZ, en *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Instituto García Oviedo de Sevilla, Cívitas, Madrid 1990, páginas 262 a 264 analiza la naturaleza de este acto administrativo llegando a la conclusión de que se trata tanto de un acto declarativo como de un acto constitutivo, un acto declarativo puesto que constata formalmente la concurrencia en un determinado bien de valores culturales y por otra parte constitutivo puesto que determina el régimen jurídico aplicable al mismo. Esta autora en las páginas 283 a 286 llega a la conclusión de que el acto declarativo de interés cultural es un verdadero acto administrativo, puesto que no innova el ordenamiento, sino que lo aplica. Juan Manuel ALEGRE ÁVILA, en *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Editorial Ministerio de Cultura, Colección análisis y documentos, Madrid, 1994, páginas 515 a 521 alcanza la misma conclusión añadiendo que dada la naturaleza de acto administrativo será necesario el recurso previo de reposición antes de acudir a la vía judicial.

pedientes, de ahí que resulte esencial una adecuada motivación de la resolución, en la que se refleje el resultado, si bien de forma sucinta, de todos los trabajos desarrollados a lo largo del expediente de los que se desprende la existencia de unos valores dignos de protección.

Esta motivación constituye la clave de estos expedientes porque si se va a proteger un amplio territorio y se va a establecer un régimen legal especial para el mismo que implica limitaciones a las facultades de los propietarios tiene que estar acreditado de la forma más objetiva posible la concurrencia de valores dignos de protección en todo el ámbito, debiendo huirse de motivaciones subjetivas o genéricas.

c) Efectos: inscripción en el Catálogo y en los Registros Públicos

Por una parte habrá de procederse a la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía y por otra a dar traslado a la Administración del Estado para su constancia en el Registro e inventario correspondiente (art. 9.9).

Además la Consejería deberá instar la inclusión gratuita en el Registro de la Propiedad de la inscripción en el Catálogo de bienes inmuebles debiendo el Registro adoptar las medidas oportunas para lograr la efectividad de dicha inscripción, siendo título suficiente para dicha inclusión la certificación administrativa expedida por la Consejería. Este precepto tiene nula aplicación práctica puesto que en los expedientes no consta generalmente la referencia registral de las fincas incluidas sino tan sólo la referencia catastral. Desde la perspectiva jurídica la constatación en el Registro de la Propiedad del estatuto concreto de la propiedad de un bien, en el que se integra la consideración del mismo como patrimonio histórico, tiene gran relevancia debido al principio de publicidad registral. De esta manera cualquier adquirente de un bien inmueble protegido como Bien de Interés Cultural no podría invocar ante la Administración el desconocimiento de los deberes de conservación que le impone la ley. Esta es sin embargo aún una tarea pendiente de la Administración, no sólo en el ámbito del patrimonio histórico, sino también en otros sectores como el medioambiental.

d) Efectos: extensión territorial de la misma: especial cuidado con el derecho de propiedad y la obligación de indemnizar

Una ya consagrada doctrina y jurisprudencia han manifestado que la función social de la propiedad afecta a la de la regulación del patrimonio históri-

co que puede integrarse en la propiedad como contenido esencial de la misma justificando así la exclusión de indemnización como consecuencia de la declaración de un bien de interés cultural. En este sentido puede citarse, entre otras y a título de ejemplo, la Decisión de Inadmisión *Haider c. Austria*, de 29 de enero de 2004, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en la que se concluye que el interés general en la utilización de los recursos territoriales y paisajísticos constituye una limitación que justifica la injerencia en el derecho de propiedad.

Esta cuestión si bien ya ha sido estudiada en profundidad por la doctrina, la prevalencia del interés general en la protección del patrimonio histórico sobre el derecho de propiedad, debe ser resaltada una vez más puesto que en esta figura de protección el ámbito de las propiedades afectadas por la declaración es mucho mayor que en el resto de figuras de protección. No es igual que ante la incoación de un procedimiento para declarar un Bien de Interés Cultural queden paralizadas cautelarmente todas las obras del mismo cuando su superficie abarca una Iglesia, una plaza y su correspondiente entorno, que cuando se amplía a varias hectáreas, siendo la incidencia en este caso mayor.

Igualmente no resulta análogo que la Administración ostente los derechos de adquisición preferente de tanteo y retracto sobre un espacio reducido que sobre una gran extensión de terreno.

Por ello el ámbito protegido, para que la injerencia en el derecho de propiedad se adecue al ordenamiento, debe ser siempre el mínimo necesario para conseguir los objetivos de la protección, estar debidamente motivado y justificado y ser proporcional. El principio de proporcionalidad adquiere aquí una relevante dimensión íntimamente unido a la motivación de los informes técnicos en el expediente.

f) Efectos: el Parque Cultural

La declaración de una zona patrimonial puede llevar aparejada la creación de un Parque Cultural, según dispone el art. 81 LPHA cuando la importancia de la misma requiera la constitución de un órgano de gestión en el que participen las Administraciones y sectores implicados.

También prevé la ley que un mismo Parque Cultural pueda abarcar la gestión de una o varias zonas patrimoniales.

Si bien la ley recoge la creación de los Parques Culturales como una mera posibilidad, lo cierto es que como factor de desarrollo sostenible económico y social resulta muy recomendable. Sin embargo la ley en este punto vuelve a guardar silencio y cabe plantearse, en qué casos se crearán los Parques, qué circunstancias determinarán que en unos sitios se constituyan y en otros no, o si se dará siempre participación a los sectores implicados...

- g) Las instrucciones particulares y su naturaleza jurídica de disposición general

El artículo 11 LPHA dispone que la inscripción de un Bien de Interés Cultural en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz deberá llevar aparejado, siempre que resulte necesario, el establecimiento de las instrucciones particulares que concreten, para cada bien y su entorno, la forma en que deben materializarse las obligaciones generales previstas en esta Ley para las personas propietarias, titulares de derechos o simple poseedores de bienes catalogados. Además añade que la resolución por la que se incoe el procedimiento podrá ordenar la redacción de instrucciones particulares, que deberán obrar en el expediente antes de que se efectúen los trámites de información pública y de audiencia. En aquellos supuestos en que sea necesario, dicha resolución incluirá unas instrucciones particulares provisionales como medida cautelar.

Si bien hasta la fecha tan sólo se ha tramitado y aprobado un sólo expediente de zona patrimonial (en el que sí hay instrucciones particulares) resulta conveniente incorporar instrucciones en todos los expedientes de zonas patrimoniales por la necesidad de zonificar el territorio que abarca graduando la protección establecida en cada zona en función de los valores que contenga cada una, concretando las limitaciones y las actividades que requieren autorización en función de cada una de las zonas, puesto que parece imposible establecer un mismo régimen para todo un territorio en el que como bien lo define la norma la característica esencial es el constituir un conjunto patrimonial de bienes diversos y diacrónicos. Resulta difícil concebir un territorio tan amplio sin niveles de protección diferentes, puesto que de lo contrario se estarían conculcando los derechos de propiedad. Téngase en cuenta que en las instrucciones de Otúñar la Administración Cultural protege los terrenos incorporados el ámbito C por sus valores naturales predominantes lo que permite justificar un nivel atenuado de protección. No cabe pensar que el departamento de cultura establezca un alto nivel de protección para bienes que no tiene un valor patrimonial claro.

Las instrucciones particulares fijan por lo tanto un particular régimen jurídico aplicable a la zona que da lugar luego a actos aplicativos de la misma a

través de las autorizaciones que se otorguen conforme a las mismas para realizar las actividades descritas sujetas a autorización.¹⁵ Por ello debe predicarse la naturaleza de disposición general de estas instrucciones particulares y no de acto administrativo. Así pues en una misma resolución, en el Decreto de una zona patrimonial, podrá encontrarse una parte del mismo que goce de la naturaleza jurídica de los actos administrativos, y otra, las instrucciones particulares que deben ser consideradas como disposiciones de carácter general.

¹⁵ El artículo 16 del Decreto 19/1995, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección y fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía dispone lo siguiente: 1. Las instrucciones particulares concretarán para cada bien objeto de inscripción específica y su entorno la forma en que deben materializarse para los mismos las obligaciones generales previstas en la Ley 1/1991 y en el presente Reglamento para los propietarios o poseedores de dichos bienes.

2. Las instrucciones particulares tendrán el siguiente contenido:

a) Condicionantes previos a la intervención en el bien catalogado o en los inmuebles de su entorno.

b) Intervenciones, actividades, elementos y materiales que pueden ser aceptables y aquellos otros expresamente prohibidos.

c) Tipos de obras o actuaciones sobre el bien catalogado o su entorno para las cuales no será necesaria la obtención de autorización previa de la Consejería de Cultura.

d) Tipos de obras y actuaciones sobre el bien catalogado a su entorno en las que no será necesaria la presentación del Proyecto de Conservación.

e) Medidas a adoptar para preservar el bien de acciones contaminantes y de variaciones atmosféricas, térmicas o higrométricas.

f) Técnicas de análisis que resulten adecuadas.

g) Determinación de las reproducciones o análisis susceptibles de llevar aparejado algún tipo de riesgo para el bien y que, en consecuencia, quedan sujetos al régimen de autorización tanto de la Consejería de Cultura como del titular del bien.

h) Definición de aquellos inmuebles incluidos en Conjuntos Históricos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz cuya demolición podrá autorizarse sin necesidad de declaración de ruina, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.3 de la Ley 1/1991.

i) Régimen de investigación aplicable al bien catalogado y a los inmuebles incluidos en el entorno.

j) Señalamiento de los inmuebles sitios en Conjuntos Históricos o en el entorno de bienes catalogados a cuyas transmisiones pueda aplicarse el derecho de tanteo y retracto.

k) Cualquier otra determinación consecuencia de los deberes de conservación, mantenimiento y custodia que se considere necesario matizar o concretar.

3. Las instrucciones particulares producirán efectos a partir de la fecha de su publicación, salvo en relación con aquellas personas que hayan recibido notificación, en cuyo caso su eficacia quedará demorada hasta la fecha de recepción de la misma.

4. La revisión de las instrucciones particulares se realizará con arreglo a los mismos trámites seguidos para su aprobación. (Artículo 11.3 Ley 1/1991).

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA ZONA PATRIMONIAL DE OTÍÑAR (JAÉN)

Debe dedicarse un apartado especial a la única Zona Patrimonial declarada hasta el momento en Andalucía, la Zona Patrimonial de Otíñar¹⁶. Siguiendo los pasos del procedimiento deben destacarse los siguientes extremos:

En cuanto al fondo:

- Brevemente y como justificación sucinta de la descripción del bien, se reproduce una parte del Decreto: Los elementos patrimoniales diseminados a lo largo del Bien de Interés Cultural se localizan en un ámbito geográficamente integrado, los Valles de Otíñar, siendo testimonios de la larga historia de este paisaje. En esta trayectoria temporal, pueden destacarse la cueva neolítica de los Corzos, los más de veinte abrigos con manifestaciones de arte rupestre, las canteras de sílex a ambos lados del curso medio del Quebrajano, la muralla y el dolmen eneolíticos del Cerro Veleta, el sitio romano en la vega del río, el castillo y la aldea medieval, las ruinas de la fortaleza islámica del Cerro Calar, el vitor de Carlos III y la aldea de colonización de Santa Cristina. Esta riqueza patrimonial es consecuencia de la larga explotación de la zona desde hace al menos 6.000 años.
- La delimitación del bien se justifica en base a la unidad paisajística que constituye el valle de Otíñar. Para facilitar la comprensión de la Zona Patrimonial se ha procedido a delimitar un polígono que engloba a su vez una serie de ámbitos que integran bienes o grupos de bienes que se han sistematizado para su mejor valoración y protección. Existen tres ámbitos concretos de mayor a menor protección: A, B y C.
- Se incorporan al Decreto unas Instrucciones particulares que dividen el ámbito protegido en tres tipos de Sectores fijando un régimen de usos compatibles e incompatibles, autorizaciones y prohibiciones distinto para cada uno de ellos:

¹⁶ Decreto 354/2009, de 13 de octubre (BOJA número 203 de 26 de octubre) la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz como Bien de Interés Cultural, con la tipología de Zona Patrimonial, el Bien denominado Otíñar.

Sectores A. Son aquellos espacios con valores patrimoniales excepcionales, que albergan los principales elementos culturales contenidos en la Zona Patrimonial y que exigen un nivel de protección máximo y por menorizado, quedando los usos y actividades supeditados a su conservación y custodia ante el riesgo de pérdida o deterioro.

Sectores B. Son espacios con alto valor patrimonial, especialmente etnológico, responsables de la imagen actual de la Zona Patrimonial, y engloban el patrimonio geológico del valle y el paisaje heredado de la aldea de Santa Cristina (siglos XIX y XX d.C.).

Sectores C. Son espacios donde los valores naturales son los dominantes, estableciéndose como un contexto ambiental que debe conservarse por ser parte del paisaje consolidado de la Zona Patrimonial. En ellos pueden autorizarse modificaciones siempre y cuando un estudio fundamentado demuestre que éstas garantizan el mantenimiento o mejoran la calidad patrimonial del Bien.

- Desde el punto de vista de la documentación técnica que se incorpora al expediente (informes, planos fotografías, artículos especializados) se considera éste muy bien motivado, motivación que se ha traducido en una justificada zonificación y regulación de las actividades permitidas en la zona.

En este expediente sí se han tenido en cuenta los valores ambientales, puesto que los terrenos incluidos en la zona C se caracterizan por ser en ellos los valores naturales los predominantes. Y ello parece lo lógico, que en las zonas de menor protección de estos BIC sean los valores naturales los predominantes, puesto que si fuesen los bienes de valor patrimonial alto deberían ser objeto de mayor protección, por ello resulta difícil concebir una zona patrimonial en la que la concurrencia de valores paisajísticos o medioambientales no sea necesaria, a pesar de la dicción de la ley que lo prevé tan sólo como posible, en su caso.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Partiendo de la ambigüedad del artículo 26 de la Ley y de la existencia de una sola zona patrimonial declarada hasta la fecha pueden realizarse las siguientes consideraciones:

1. La zona patrimonial constituye una figura de protección del patrimonio cultural que viene a dar respuesta a la evolución de las teorías de protec-

ción hacia figuras más complejas y a la ampliación del concepto de patrimonio cultural a una escala territorial creando una tipología de protección adecuada a los nuevos bienes que han de ser protegidos.

2. Como antecedentes de esta figura pueden destacarse dos fuentes principales. Por una parte la propia normativa de protección española que a través de diversas figuras (sitio pintoresco, paraje pintoresco, sitio histórico, lugar de interés etnológico) ha venido dando cabida a la evolución del concepto de patrimonio, desde el más específico referido a valores históricos y artísticos –monumento–, a la zona patrimonial en la que pueden incorporarse diversos valores (no sólo los tradicionales de las leyes de patrimonio histórico– artístico, arquitectónico, histórico, etnológico, arqueológico– sino también los valores paisajísticos y medio ambientales). Especial influencia ha tenido también la experiencia de los Parques Culturales de Aragón.

3. La segunda fuente se encuentra en las normas internacionales relativas a la protección de medio ambiente, la cultura y el paisaje. En concreto el Convenio Europeo del Paisaje que constituye una influencia decisiva al incorporar en su definición las notas de interacción de factores naturales y humanos y la base que es el territorio. Especial relevancia tiene el hecho de que la definición de la zona patrimonial haya huido de la noción subjetiva del paisaje que contiene el Convenio Europeo al referirse a “tal y como lo percibe el ser humano”. Este planteamiento se alaba desde la posición jurídica puesto que todas y cada una de las tipologías de protección han de ser valoradas por el ser humano, todas son percibidas por el ojo del hombre y resulta difícil considerar que esta nota de subjetividad es sólo aplicable a los paisajes y no a otras tipologías de protección cuando en definitiva los valores patrimoniales y los bienes que los contienen son percibidos por la población de forma diferente y tan sólo son protegidos (en la mayoría de los casos) aquéllos en los que puede decirse que existe una unanimidad en cuanto a su consideración como patrimonio.

4. El hecho de que la zona patrimonial se encuentre ligada a una concreta figura de gestión, el Parque cultural caracterizado por la participación de los sectores implicados en la zona, debe destacarse como positivo dado que coadyuva a la consecución de los principios de sostenibilidad, la democracia y el desarrollo social y económico. Sin embargo no queda claro cuándo procederá la creación de un Parque Cultural y cuándo no, y no siendo ésta una cuestión baladí debería regularse de forma más clara en el reglamento.

Se ha llevado a cabo un análisis pormenorizado de cada uno de los términos que conforman la definición legal de zona patrimonial y la prime-

ra conclusión que puede alcanzarse es que dicha definición puede dar cabida a realidades muy distintas por lo que en la configuración de cada expediente deberá velarse por otorgar un contenido homogéneo que funcione como mínimo común denominador que otorgue identidad propia a la figura, puesto que de lo contrario puede convertirse en un cajón de sastre. En el Reglamento de desarrollo de la ley debería preverse qué tipo de documentación ha de integrar estos expedientes como elemento que permita unificar las declaraciones.

5. En el marco legal actual, y después de haber realizado un esfuerzo de definición de zona patrimonial, puede concluirse que ésta figura puede intercambiarse fácilmente con otras, debido a lo ambiguo de su definición. No resulta difícil pensar en algún ámbito de la realidad que por sus valores pueda ser protegido bien como sitio histórico, como lugar de interés etnológico, como lugar de interés industrial e incluso como zona arqueológica. Por ello, dada la ambigua definición ofrecida por la ley de esta categoría y la fácil intercambiabilidad con otras figuras, debe realizarse un especial esfuerzo en definir la misma poco a poco a través de los distintos expedientes que se tramiten para conseguir que adquiera identidad propia frente al resto de figuras de forma inducida.

6. Los aspectos más relevantes de su régimen jurídico son los siguientes:

– En primer lugar la incertidumbre que se plantea ante la contradicción existente entre el preámbulo de la ley y la definición de zona patrimonial puesto que no se sabe si la voluntad del legislador es que en la zona patrimonial existan siempre valores paisajísticos y ambientales o sólo en determinados casos. Este extremo debe ser analizado por la Administración llamada a aplicar la ley pudiendo vía reglamentaria despejar esta incógnita o bien a través de los concretos expedientes de la práctica administrativa. La duda queda ahí, ¿será siempre necesario que concurren dichos valores o no? A mi juicio deberían concurrir siempre puesto que de lo contrario la diferencia entre los bienes a proteger sería muy notable pudiendo determinar la pérdida de entidad de la figura.

– El concepto de territorio como elemento transversal de la definición que afecta a todos los aspectos del régimen jurídico. El hecho de que la zona patrimonial tenga una extensión significativamente superior a otras figuras de protección ha de determinar la cautela con que se aplicará puesto que el ámbito de personas, entidades y municipios afectados será mayor así como su repercusión en los derechos de la propiedad.

- Esta figura conlleva indudables limitaciones a la propiedad privada lo que implica que debe ponderarse con cautela su extensión de cara a que dichas limitaciones sean las menores posibles (la mera incoación del procedimiento conlleva la paralización de las obras en todo el territorio). Por ello el ámbito protegido, para que la injerencia en el derecho de propiedad se adecue al ordenamiento, debe ser siempre el mínimo necesario para conseguir los objetivos de la protección, estar debidamente motivado y justificado y ser proporcional. Téngase en cuenta que la Administración goza en los ámbitos protegidos de importantes prerrogativas como son la potestad expropiatoria o el derecho de tanto y retracto.
- La coordinación con otras administraciones sectoriales como la urbanística resulta esencial puesto que la declaración de zona patrimonial requerirá la aprobación del planeamiento especial de protección ya sea a través de un plan especial o directamente en el planeamiento general.
- La coordinación con la Administración ambiental adquirirá especial trascendencia en la gestión de los Parques Culturales en los que deberían superarse las meras intenciones de coordinación llevando a cabo actuaciones materiales de ejecución. El reglamento de desarrollo de la ley constituye una excelente oportunidad para regular un eficaz sistema de coordinación.
- Especial atención debe prestarse a aquéllos ámbitos que cuenten con una doble protección, desde cultura y desde medioambiente (Minas de Río Tinto¹⁷), no sólo por la necesidad de que se coordinen las Administraciones sino por las importantes limitaciones que se imponen a los propietarios.

7. En cuanto a los procedimientos de declaración deben destacarse las siguientes cuestiones:

- Los informes técnicos de estos expedientes han de estar debidamente motivados atendiendo a todos los valores concurrentes. Deben estar

¹⁷ Un claro ejemplo en el que se solapan la protección ambiental y cultural en Andalucía de un paisaje cultural se encuentra en la zona de Río Tinto (Huelva) puesto que existen dos declaraciones que concurren sobre un mismo territorio: el Decreto 558/2004, de 14 de diciembre, por el que se declara el Paisaje Protegido de Riotinto y del Decreto 236/2005, de 25 de octubre, por el que se declara Bien de Interés Cultural con la categoría de Sitio Histórico la Zona Minera de Riotinto-Nerva.

acompañados de los planos, fichas, fotografías, y valoraciones técnicas correspondientes.

- Relacionado con el punto anterior debe destacarse la necesidad de que todas las declaraciones de zona patrimonial estén acompañadas de unas instrucciones particulares que zonifiquen el ámbito territorial protegido en atención a los valores concurrentes en cada zona, regulando los usos y actividades compatibles en cada zona de forma acorde a los valores a proteger.
- Debería incidirse en la protección registral del patrimonio como garante de la publicidad de dichos valores y la oponibilidad que frente a terceros–titulares conlleva ante posibles infracciones.
- Sería conveniente que el Reglamento de desarrollo de la ley estableciese la documentación que deben incorporar estos expedientes tal y como se prevé en la normativa de los Parques Culturales de Aragón.
- Debería fomentarse una gran participación de la sociedad en la tramitación de estos expedientes puesto que la aceptación y respeto de la figura pasa por su conocimiento y entendimiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, JORGE, *Paisaje, Gestión del Territorio y Patrimonio Histórico*. Patrimonio Cultural y Derecho, núm. 11, pp. 107–145.
- AGUILAR CORREDERA, FRANCISCO y otros, *Régimen jurídico del patrimonio histórico en Andalucía, 2ª Edición*, Secretaría General Técnica, Servicio de Estudios y Publicaciones, Consejería de Cultura, Sevilla, 1996.
- ALEGRE ÁVILA, JUAN MANUEL, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Editorial Ministerio de Cultura, Colección análisis y documentos, Madrid, 1994.
- ALIBRANDI, TOMMASO y FERRI, PEIRGIORGIO, *I Beni Culturali e Ambientali*, Editorial Giuffrè, Milán, 1978.
- ALONSO GONZÁLEZ, PABLO, *Mirando al futuro: un parque cultural en Astorga–Maragatería*, Argutorio n° 24, 2010.
- ALONSO IBÁÑEZ, MARÍA ROSARIO, *El Patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Civitas–Universidad de Oviedo, Madrid, 1992.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JOSÉ LUIS, *Estudios Jurídicos sobre el patrimonio cultural en España*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- ANGUITA VILLANUEVA, LUIS ANTONIO, *Código de Patrimonio Cultural*, Thomson–Civitas, Madrid, 2007.
- AAVV, *Introducción al régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*, Zaragoza, 2005.

- AAVV, *La Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de 2007, de Patrimonio Histórico de Andalucía. Primera Aproximación*. Consejería de cultura, Sevilla, 2008. Redactores del proyecto legislativo.
- BARRERO RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Instituto García Oviedo de Sevilla, Civitas, Madrid 1990.
- Las innovaciones de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía en la ordenación urbanística de los conjuntos históricos*. Revista Andaluza de Administración Pública, n° 68, 2007, páginas 73 a 111.
- Las contradicciones entre la Ley estatal y las Leyes autonómicas en materia de Patrimonio Histórico y Cultural: sus posibles soluciones en vía normativa*, Patrimonio cultural y derecho, n° 13, 2009, págs. 35-53.
- BASSOLOS COMA, MARTÍN, *El patrimonio histórico español. Aspectos de su régimen jurídico*, Revista de Administración Pública, núm. 114, 1987, páginas 93 a 125.
- CASTILLO MORA, DANIEL, *El medio ambiente: derecho y competencia en el ordenamiento jurídico español y autonómico. Análisis particular del caso andaluz tras la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Revista Andaluza de Administración Pública núm. 69/2008.
- CASTILLO RUIZ, JOSÉ, *El entorno de los Bienes de Interés Cultural*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 1997.
- CORTINA, ALBERT (coord.), *Convenio Europeo del Paisaje: textos y comentarios*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, CARMEN, *La protección del paisaje: un estudio de derecho español y comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, JAVIER, *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Centro de Estudios de la Fundación Registral, Madrid, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *consideraciones Sobre una nueva legislación de patrimonio artístico, histórico y cultural*, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 39, 1983.
- GIANNINI MAXIMO, SEVERO, *I beni culturali*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1976.
- GUISASOLA LERMA, CRISTINA, *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2001.
- Guía del paisaje cultural de la Ensenada de Bolonia*, Cádiz. Avance. Coord. Pedro Salmerón Escobar. Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico. Consejería de Cultura. 2004.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, FRANCISCA, *La conservación integral del Patrimonio*, Complutum Extra, 6 (II), 1996, páginas 251 a 161.
- HERNÁNDEZ NAVARRO, MARÍA LUZ Y GINÉ ABAD, HELENA, *Los parques culturales de Aragón: un ejemplo pionero en la protección y gestión turística de espacios culturales y naturales*, *Turismo y transformaciones urbanas en el*

- siglo XXI, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2002, pp. 199–207.
- HERNÁNDEZ TORRES, ESTEFANÍA, *Los registros de bienes de interés cultural y la Directiva INSPIRE*. XII simposio de de Centros Históricos y Patrimonio Cultural de Canarias, www.cicop.com
- HERVÁS MÁS, JORGE, *Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje: adaptado al Real Decreto Legislativo 2 / 2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo*, Bosch, Barcelona, 2009.
- LATORRE, ÁNGEL, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1989.
- LÓPEZ RAMÓN, F., *La conservación de la naturaleza y la ordenación del territorio en el Derecho español*, Bolonia 1980.
- La política regional y la ordenación del territorio en el Derecho español, Estudio Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Pamplona 1995.
- MADERUELO, J., *El paisaje. Génesis de un concepto*, Abada ediciones, Madrid, 2005.
- MARTÍN MATEO, R. *La tutela del paisaje en la legislación del suelo, Ordenación y gestión del territorio turístico*, Valencia, 2005.
- MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, *Aspectos administrativos de la creación y funcionamiento de los Parques Nacionales*, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 6, 1975, págs. 346 y ss.
- *Problemas jurídicos de la tutela del paisaje*, Revista de Administración Pública, núm. 71, pág. 440.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN y TORNOS MÁS, JOAQUÍN, *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer Sector y fundaciones. Temáticas e itinerarios culturales*. XII Congreso italo-español de profesores de derecho administrativo, Salamanca 9–11 octubre de 2000, Ed. Cedecs, Colección Derecho Administrativo, Barcelona, 2002.
- MARTÍN REBOLLO, LUIS, *Leyes Administrativas*, Aranzadi, 2009.
- *Sobre la enseñanza del Derecho Administrativo tras la Declaración de Bolonia (texto, contexto y pretexto)*, ponencia impartida en el I Congreso de la enseñanza del Derecho Administrativo, Toledo, 10–11 febrero 2006.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, CELIA, *El Patrimonio Cultural, los nuevos valores, tipo, finalidades y formas de organización*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2008.
- OREJAS SACO DEL VALLE, A., *Los parques arqueológicos y el paisaje como patrimonio*, <http://www.ucm.es/info/arqueoweb>.
- ORTIZ SÁNCHEZ, MÓNICA y CARRASCO LÓPEZ, IGNACIO (coords.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.
- PRIORE, R., *Derecho al paisaje, Derecho del paisaje. Evolución de la concepción jurídica del paisaje en el Derecho comparado y en Derecho Internacional*, Revista Interdisciplinar de gestión Ambiental, núm. 31, 2001.

- LÓPEZ RAMÓN, F., *La conservación de la naturaleza y la ordenación del territorio en el Derecho español*, Bolonia 1980.
- *La política regional y la ordenación del territorio en el Derecho español, Estudio Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Pamplona 1995.
- SABALZA HERNÁEZ, ALAIN, *La consagración jurídica del paisaje a través del Convenio Europeo del Paisaje*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2008.
- SÁNCHEZ BIEC, J.M., *Problemática y complejidad en la ordenación del paisaje en los planes de ordenación del territorio*, <http://www.agpa.arrakis.es>, 2004.
- SANTOS Y GANGES, LUIS, *Las nociones de paisaje y sus implicaciones en la ordenación*, Revista Ciudades, núm. 7, 2002–2003, páginas 41 a 68.
- VERDUGO SANTOS, JAVIER, *El territorio como fundamento de una nueva retórica de los bienes culturales*, Boletín del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico, n° 53, abril 2005, páginas 94 a 105.
- ZOIDO NARANJO, F. y VENEGAR MORENO, C. (coords.), *Paisaje y ordenación del territorio*, Junta de Andalucía, Fundación Duques de Soria, Sevilla, 2002.
- ZOIDO NARANJO, F., *El paisaje, patrimonio público y recurso para la mejora de la democracia*, Boletín del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico, año 12, núm. 50, Sevilla, 2004.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Colegios profesionales, aconfesionalidad y patronazgo religioso.

Comentario a la STC 28 de marzo de 2011

Tomás Prieto Álvarez

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA. II. RELATO DE LOS ANTECEDENTES Y DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES. 1. Fundamentación jurídica de la demanda. 2. Alegaciones del Colegio de Abogados. 3. Postura del Ministerio Fiscal. 4. Argumentos de la Junta de Andalucía. III. COMENTARIO A LAS ARGUMENTACIONES DE LA SALA. 1. Confrontación del patronazgo religioso con la aconfesionalidad estatal. 2. Mi puntual desacuerdo con la Sala: ¿pero por qué es necesario secularizar la referencia religiosa? 3. Patronazgo y neutralidad religiosa. 4. Elementos religiosos y principio de igualdad. IV. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN: LA TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional dictó el día 28 de marzo de 2011 una sentencia en la que ha avalado que la Inmaculada sea la patrona del Colegio de Abogados de Sevilla. Resolvía con ella un recurso de amparo presentado por un colegiado contra este patronazgo religioso. Creo que este fallo puede ser calificado como importante de cara a clarificar la relación entre las instituciones públicas y las referencias religiosas. Dicho de otra manera, el pronunciamiento contribuye a precisar, a mi juicio bastante adecuadamente –sin que esto quiera decir que comparta la sentencia en su totalidad–, las consecuencias que para los poderes públicos, *in totum*, se derivan de la proclamación constitucional de la aconfesionalidad del Estado español. Aunque no es exac-

tamente el mismo supuesto el de un Colegio profesional (de base asociativa) y el de una ciudad o pueblo (Administración pública de carácter territorial), ni es mimética la condición de miembro del primero (su colegiación es necesaria para desempeñar una determinada profesión) y la de vecino del segundo (aunque el mero empadronamiento le otorga la cualidad, automática, de vecino), pienso que no es tanta la diferencia entre unos y otros como para que la solución, a efectos de la viabilidad constitucional de un patronazgo religioso, sea distinta. Es decir, de haber dictaminado nuestro Tribunal Constitucional que un Colegio profesional no puede tener un patrono de carácter religioso porque, de hacerlo, estaría violentando la aconfesionalidad estatal dispuesta en el art. 16.3 CE¹, entonces, en estricta coherencia, habrían de ser eliminados los patronazgos instituidos en la práctica totalidad –supongo– de los cerca de 19.000 ciudades y pueblos de este país. Como también sería entonces censurable a título de aconfesionalidad la presencia de autoridades en las fiestas patronales, como ha sugerido alguna doctrina². No es tampoco sustancial la diferencia, como para justificar valoraciones dispares, entre estos patronazgos y el hecho de que la autoridad pública competente –normalmente la municipal, pero no solo ella– decida denominar una calle, una plaza, un teatro, un aula, etc., con un nombre religioso: se coloca a algo público en una conexión con lo religioso muy semejante al patronazgo que venimos refiriendo. En este caso, de identificarse inadmisibles relaciones o proximidades público-religiosas, las remociones de nombres o distintivos religiosos, desperdigados por toda España, alcanzaría unas cifras astronómicas. Quizá no sea necesario recurrir a nuevos ejemplos y paralelismos que muestren la frecuente imbricación de las realidades públicas y el fenómeno religioso (el propio Tribunal Constitucional cita otros, como la inspiración religiosa en escudos, banderas o festividades) y que contribuyan a aportar interés al nuevo pronunciamiento del Alto Tribunal español.

En esta causa el Tribunal Constitucional se enfrentaba a un episodio más –y seguramente no será el último– de lo que el actual presidente del Consejo de Estado, Francisco RUBIO LLORENTE, calificaba –me parece que con razón– como “uno de los problemas más difíciles que tienen hoy las sociedades europeas”; a saber: “determinar la relación entre política y religión y la presencia pública de las religiones”. Lo cierto es que esta relación y esta presencia

¹ “Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

² Como ha hecho BARRERO ORTEGA, A., que reprueba la mera “presencia del poder público en cualquier acto o manifestación religiosa” (vid. *La libertad religiosa en España*, CEPC, Madrid, 2006, p. 494).

se han tornado problemáticas, es especial en los últimos años. Lo cual a nadie puede extrañar a la vista, entre otras cosas, de dos fenómenos a los que me refería no hace mucho³: por una parte, la evidente secularización de nuestra sociedad –que tantas veces provoca que se mire con recelo lo religioso, o al menos su pública expresión–, y, por otra, su no menos evidente multiculturalización –que ha hecho que aquellas expresiones públicas lo sean de credos y opciones ideológicas muy distintas–. Cóctel éste que cada vez con más frecuencia ha desembocado, por uno y otro motivo –o por ambos– en una nada desdeñable conflictividad social y jurídica sobre las expresiones públicas de religiosidad.

Ya me he ocupado de distintos supuestos de la conflictividad referida en el libro aludido. De manera especial, uno de ellos –la presencia del crucifijo en las aulas públicas– ha estado en primera línea recientemente, cuando la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), en sentencia de 18 de marzo de 2011, revocó la que había dictado en noviembre de 2003 la Sección Segunda del Tribunal en el asunto *Lautsi y otros contra Italia* (lo traigo a colación aquí porque en la sentencia que comentamos nuestro Tribunal Constitucional cita este fallo europeo en repetidas ocasiones; a lo largo de trabajo aludiré a ella como *Lautsi II*⁴). Sobre esta misma problemática, se dio la circunstancia de que unos días antes, el 9 de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional austríaco había resuelto un conflicto semejante: dos padres de la provincia de Baja Austria habían solicitado –al igual la señora Lautsi– la retirada del crucifijo del jardín de infancia de sus hijos, legalmente prevista. En los dos casos, ambas instancias dictaminaron la legitimidad de la presencia del símbolo. Ahora, en el asunto del Colegio de Abogados de Sevilla, la sentencia que lo resuelve tiene la trascendencia de ser el más alto pronunciamiento judicial (jurídico-constitucional, si se prefiere) que hasta ahora se ha producido en nuestro Derecho; y se ha hecho confrontando la asunción de una referencia religiosa por una institución pública con la aconfesionalidad del Estado, lo que ante el Tribunal europeo no se produjo. Vayamos con el pleito.

³ En mi libro *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Civitas Thomson-Reuters, Madrid, 2010, p. 23.

⁴ De esta segunda –y definitiva– sentencia me he ocupado en el artículo “Crucifijo y escuela pública tras la sentencia del TEDH Lautsi y otros contra Italia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 150, 2011, p. 443.

II. RELATO DE LOS ANTECEDENTES Y DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional juzga la adecuación con la Constitución de una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 25 de abril de 2006. Esta sentencia confirmaba en apelación la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Sevilla, de 21 de marzo de 2005, desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un miembro del Colegio de Abogados de Sevilla contra la Orden del Consejero de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía en la que se declaraba la adecuación a la legalidad de los Estatutos del citado Colegio. Estos Estatutos habían sido aprobados en una Junta General Extraordinaria del Colegio profesional celebrada en enero de 2004. De su texto fue objeto de impugnación, en concreto, su art. 2.3 *in fine* y la disposición transitoria tercera. Prescindiré aquí de este segundo motivo de la litis (referido a la renovación y prórroga del mandato de una parte de los miembros de la Junta de Gobierno del Colegio) y me centraré en el primero, que es el que entronca con nuestro objeto de investigación. El párrafo tercero del art. 2 en conflicto dispone que “El Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional, si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de la Concepción Inmaculada”.

Advierto de entrada que, al centrar nuestro análisis en la compatibilidad del patronazgo religioso de una institución de carácter público con la aconfesionalidad estatal y con la libertad religiosa individual, obviaré, además de lo referido en el párrafo anterior sobre la renovación de la Junta, otros aspectos debatidos en la sentencia que pueden tener su interés jurídico, pero que resultan secundarios en relación al tema central. Es el caso de la discusión sobre si un Colegio de Abogados está revestido o no de naturaleza jurídico-público. Baste decir que, en este punto, el Colegio alegó que a estas Corporaciones sectoriales de base asociativa “no les corresponde el carácter absoluto o pleno de Administración pública, ya que no lo son en su esencia y en su totalidad, sino solo parcialmente, en la medida en que son titulares de funciones públicas atribuidas por la ley o delegadas por actos concretos de la Administración”; de lo que deducía que no estaría vinculado a la neutralidad religiosa de los poderes públicos derivada del art. 16.3 CE. Frente a esto, la Sala reiteró la condición de los Colegios profesionales como “personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público” que ya venía sosteniendo su jurisprudencia; de lo que dedujo que, por lo tanto, estas instituciones “han de ser ideológicamente neutrales” (F.J. 4^o)⁵.

⁵ Por otra parte es ésta una cuestión en la que el debate doctrinal se ha ido apagando. Es sabido que, significadamente, el profesor SANTAMARÍA PASTOR se mostró partidario desde su

Dicho esto, daré somera cuenta de las alegaciones más significadas de las partes personadas en el proceso de amparo. Tiene su interés hacerlo, pues muchas de estas argumentaciones serán comentadas en el epígrafe central del trabajo; otras, por no detenerse en ellas la Sala, las valoraré en este mismo apartado.

1. Fundamentación jurídica de la demanda

El recurrente aduce en primer término la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa. En primer lugar, en su vertiente objetiva, sentada en el art. 16.3 CE: al optar por la aconfesionalidad del Estado y, por tanto, de todas las instituciones públicas, a su juicio no cabe que orgánicamente, como institución, “se identifique al Colegio de Abogados con una concreta confesión religiosa”. Es por lo que considera una contradicción *in terminis* que el Colegio se proclame aconfesional y acto seguido designe como Patrona “a una divinidad (sic) de una confesión concreta”. Y en segundo lugar, alega la vertiente subjetiva del derecho, derivada del art. 16.1 CE, conforme al cual no puede cercenarse “su libertad individual a no creer en ninguna religión y a no someterse a sus ritos y cultos”.

Además, el demandante invoca el principio de igualdad (art. 14 CE), vulnerado, a su juicio, al primar los Estatutos las creencias religiosas de un determinado grupo, imponiéndose al resto y discriminando a quienes mantienen otras creencias o carecen de ellas. De modo que serían los católicos los únicos a los que la decisión del patronazgo daría la ocasión de ejercer y disfrutar su libertad religiosa.

2. Alegaciones del Colegio de Abogados

Pasando por alto otras alegaciones presentadas en el proceso por la representación del Colegio de Abogados y que fueron desestimadas por el Tribunal (como las relativas a su carácter no plenamente administrativo —ya referida—, a la falta de invocación previa de los derechos fundamentales afectados o a un supuesto error en el suplico de la demanda al precisar el objeto del proceso), me centraré en las específicamente concernientes a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad estatal.

primera edición del *Fundamentos de Derecho Administrativo* (que publicara en Ceura) de que “si hubiera que optar por una u otra calificación global (pública o privada, de los Colegios profesionales), la de antes privados parece claramente preferible” (1ª ed., 1991, p. 951). Postura que mantuvo en ediciones posteriores, pero que en su ya reciente *Principios de Derecho Administrativo General* (publicado en Iustel, 2ª ed., 2009) prefiere omitir, prescindiendo de abordar esta problemática.

El Colegio de Abogados alega, en base a la jurisprudencia constitucional, que sus Estatutos pueden reflejar su vinculación histórica con ciertas instituciones religiosas, sin que ello suponga tomar parte en actos de esta naturaleza ni alterar la voluntad individual de sus miembros. Señala que la invocación del patronazgo contiene la declaración de un dato histórico, con mayor sentido fáctico que declarativo, y que por ello adopta la forma de referencia a la tradición secular; supone, pues, en su opinión, una mera constatación de las reales creencias religiosas de una parte de la sociedad sevillana a lo largo de la historia, sin que ello suponga quiebra de su aconfesionalidad. Afirma también que estas normas estatutarias en forma alguna imponen, influyen, condicionan o determinan a los colegiados en las creencias ni en los actos de culto; en la vida colegial —añade—, como en toda agrupación de personas, habrá actividades que se acomoden más o menos a las creencias y opiniones de unos y otros, pero ninguna norma impone unas creencias determinadas. Rechaza, asimismo, la existencia de una lesión del principio de igualdad, pues entiende que solo se constata la disconformidad del recurrente con las tradiciones y creencias de otros colegiados, sin que ello se acomode al concepto constitucional de discriminación.

3. Postura del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal había mantenido en el trámite de admisión del recurso que ninguno de los derechos fundamentales invocados había sufrido vulneración alguna, por lo cual pedía la inadmisión del recurso de amparo. Sin embargo, en el seno del proceso de amparo, en el trámite de alegaciones, modifica su anterior postura, que se concreta en varios extremos, que paso a resumir.

Inicialmente, quiero advertir que una de las argumentaciones del Fiscal ni siquiera es contestada por la Sala. Se trata de la relativa a que la inclusión del patronazgo en los Estatutos del Colegio carece de cobertura legal, pues la Ley de Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma preceptúa el contenido de los Estatutos sin que contenga referencia alguna a la declaración de patronazgo, lo que convertiría su inclusión en carente de justificación y arbitraria. Pues bien, sin perjuicio de que estos calificativos no guarden necesariamente conexión con una supuesta falta de cobertura⁶, procede señalar, respondiendo a esta alegación, que en este supuesto no se puede trasladar sin más la doctri-

⁶ Un precepto reglamentario con cobertura legal puede carecer de justificación o resultar arbitrario; y a la inversa, una norma que carezca de la necesaria cobertura podrá ser reprobada por ello, pero esto no quiere decir propiamente que carezca de justificación o que sea arbitraria.

na de las relaciones entre ley y reglamento, con su clásico esquema ley de cobertura (emanada del Parlamento)-reglamento ejecutivo (salido del Ejecutivo), típico del desarrollo reglamentario de leyes en el marco de un mismo ente público (Estado o Comunidades Autónomas), al caso que aquí nos ocupa. De igual modo como viene advirtiéndose por la doctrina para la producción normativa de las Corporaciones locales, las Administraciones corporativas operan en una esfera de autonomía y en un ámbito de intereses propios (distintos a los de la Comunidad Autónoma, a cuya Administración no pertenecen) que hace que su vinculación a la ley de referencia autonómica no sea parangonable al esquema de desarrollo normativo que se ha descrito. Por ello, la existencia de unos intereses particulares en unas Administraciones específicas como son las Corporativas, justifica una autonomía normativa mayor que la que tiene un Ejecutivo al desarrollar una ley. Paso ahora a resumir el resto de alegaciones del Ministerio Fiscal.

Partiendo del mandato constitucional de la neutralidad del Estado en materia religiosa –presupuesto, dice el Fiscal, para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones existentes en la sociedad plural y democrática–, y juzgando que la advocación mariana referida tiene un significado religioso –remarcado por el hecho de tratarse de un dogma de fe–, dictamina que la manifestación de aconfesionalidad que se recoge en el texto de los Estatutos queda desvirtuada por la declaración de patronazgo que se realiza a continuación.

En la siguiente alegación no estoy seguro de que el Ministerio público no incurra en contradicción, siempre según el relato que se contiene en la propia sentencia. Comienza señalando que el demandante conserva su libertad para participar o no en los posibles actos en honor de la Patrona del Colegio de Abogados, de modo que su libertad religiosa, en su dimensión externa, no resulta vulnerada. Añade que tampoco se ve obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias, ni existe una afectación a su esfera íntima de creencias, pensamientos o ideas, pues no se produce imposición de creencia alguna, dada la libertad del recurrente para aceptar o no dicho patronazgo. Pero en el párrafo siguiente, advierte que la obligación de cumplir los Estatutos en su total contenido –dispuesta en su art. 2.2– supone necesariamente un conflicto con sus convicciones, que no está obligado a soportar, pues no existen razones objetivas que lo exijan. Considera ahora, contrariamente a lo antes expresado, que sí se afectaría al claustro íntimo de sus creencias del demandante, “al obligarle a aceptar un dogma de fe como consecuencia de su obligación de asumir el contenido de los Estatutos”. Sin perjuicio de la sospecha –creo que fundada– de estar incurriendo en contradicción, baste decir para desvirtuar esta alegación –ya ahora, sin detenerme luego en ello– que “asumir el contenido de

los Estatutos” implica simplemente constatar un hecho: que por decisión democrática la patrona del Colegio es la Inmaculada; que esto sea o no comparado es otra cosa (como pueden no serlo otras previsiones del Estatuto). Por tanto, de advertir y acatar un determinado precepto a asumir un determinado dogma de fe hay un abismo.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal discrepa del alegato de discriminación que hace el recurrente, pues a su juicio la declaración del art. 2.3 de los Estatutos no impide al demandante el ejercicio de su profesión en plenitud, con los mismos derechos profesionales y colegiales que los demás colegiados: de hecho, no denuncia una concreta discriminación padecida por razón de su discrepancia.

4. Argumentos de la Junta de Andalucía

La letrada de la Comunidad Autónoma precisa que la intervención de la Administración pública se ha limitado a una mera actividad de control de la legalidad de los Estatutos del Colegio, que han sido elaborados por los interesados sin que el demandante de amparo hubiera impugnado la aprobación colegial. Entiende que la previsión del patronazgo –introducida democráticamente con la aquiescencia de la mayor parte de los colegiados– no contradice en absoluto la aconfesionalidad del Estado; es por lo que considera que no hay necesidad de recurrir al aval de la Constitución, que reconoce el componente religioso perceptible en la sociedad española. Niega también que se produzca para el recurrente discriminación alguna, pues no se identifica término alguno de comparación y, sobre todo, esta demanda pretende sustentarse en una declaración simbólica de patronazgo, cuyo alcance limitado deriva de su carácter puramente declarativo y que refleja la voluntad de la mayoría de los colegiados.

III. COMENTARIO A LAS ARGUMENTACIONES DE LA SALA

El Tribunal Constitucional presenta inicialmente los parámetros constitucionales acerca del “factor religioso”, derivados de la letra de la Norma suprema, según su propia interpretación: es decir, la prohibición de discriminaciones por razón de religión, *ex* art. 14 CE, la identificación de la dimensión objetiva de la libertad religiosa –concretada en la neutralidad y aconfesionalidad del Estado, así como en el mandato de cooperación con las confesiones– y el reconocimiento de su dimensión de derecho subjetivo, tanto interna como externa. Y a partir de ahí analiza el conflicto que se le somete según estos parámetros.

1. Confrontación del patronazgo religioso con la aconfesionalidad estatal

El primer lugar, el Tribunal Constitucional se centra en determinar si, como el recurrente sostiene, la norma estatutaria controvertida tiene una significación incompatible con el deber de neutralidad religiosa del Colegio de Abogados, ínsita en la aconfesionalidad del Estado. Para lo cual comienza con un muy interesante excurso sobre la relevancia de los distintos signos de identidad adoptados por cualesquiera entes o instituciones, y que contribuyen a “dotarle de un carácter integrador *ad intra* y reconocible *ad extra*, tales como la denominación –elemento de individualización por excelencia–, pero contingentemente también los emblemas, escudos, banderas, himnos, alegorías, divisas, lemas, conmemoraciones y otros múltiples y de diversa índole, entre los que pueden encontrarse, eventualmente, los patronazgos, en su origen propios de aquellas confesiones cristianas que creen en la intercesión de los santos y a cuya mediación se acogen los miembros de un determinado colectivo” (F.J. 4º).

Constata después la Sala que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tienen una “connotación religiosa” (como ya se expuso desde el inicio de este comentario). Pero al valorar la conformidad de este hecho con los postulados constitucionales añade que “no basta con constatar el *origen religioso* de un signo identitario para que deba atribuírsele un *significado actual* que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE”. Por eso entiende el Tribunal que la clave está en determinar si, “en cada caso” y “ante el carácter polisémico de un signo de identidad”, lo que domina en él es “su *significación religiosa* en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa”. Es decir, se deduce que si la significación del signo es palmariamente religiosa habría que concluir que se produce una adhesión al credo simbolizado. Ya adelanto que sitúo aquí mi discrepancia puntual con este fallo, aunque no carente de relevancia, que expondré más adelante.

El caso es que la sentencia se centra en indagar cuál es la valoración “comúnmente aceptada” del elemento representativo (es decir, “su percepción en el tiempo presente”, dice también, pues el sentido de los símbolos “siempre es social”), valoración que habrá de prevalecer sobre las meramente individuales y subjetivas de quienes pidan su supresión⁷. Y este es el resultado de su inda-

⁷ En este punto, la Sala cita por primera vez la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Lautsi II*, a la que ya se aludió. Lo hace para recordar, como habían hecho los jueces europeos, que la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una

gación: “en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto del caso, propiamente culturales, aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso” (y cita como ejemplo de “desacralización” de algo inicialmente religioso el caso del domingo como descanso semanal, devenido en una institución secular y laboral). Proceso secularizador que, se supone, ha experimentado el patronazgo: más tarde dice la Sala que la Corporación ha procedido a asumir un signo de identidad “desprovisto de una significación religiosa incompatible con el art. 16 CE”, que “en su origen” fue propio de una u otra confesión o de ninguna. En fin, cabría deducir, en conexión con lo dicho algo más atrás, que en opinión del Constitucional, un Estado aconfesional solo podrá asumir simbologías “religiosas” ya secularizadas..., idea ésta que había sugerido antes alguna doctrina⁸ y que incluso parece acogió en alguna ocasión la jurisdicción ordinaria⁹.

Como resaltaré luego, la Sala no termina de ser coherente –y por ende, convincente–, al concluir más tarde que “procede rechazar la demanda de amparo en este punto, pues fácilmente se comprende que cuando una tradición religiosa se encuentra *integrada en el conjunto del tejido social* de un determinado co-

violación del derecho invocado. En aquel caso, la Sala había advertido que la personal valoración de los efectos que el crucifijo creía provocaba sobre sus hijos no era suficiente para considerar violentado el derecho a que aquellos fueran educados de acuerdo con sus convicciones filosóficas y religiosas.

⁸ Hace una década escribía MARTÍNEZ-TORRÓN, J., que “cuando esa justificación histórica no existe, el empleo de signos religiosos en instituciones públicas no parece fácilmente compatible con la Constitución, pues transmite públicamente un mensaje de contenido religioso” (vid. “Una metamorfosis incompleta. La evolución del Derecho español hacia la libertad de conciencia en la jurisprudencia constitucional”, *Persona y Derecho*, n.º 45, 2001, p. 210). Con el deseo de legitimar la presencia, en concreto, del crucifijo en lugares públicos, CAÑAMARES ARRIBAS, S., sostiene que “cuando un determinado símbolo ha experimentado un fuerte proceso secularizador, de modo que junto a su significado original religioso confluyen otros de carácter histórico, cultural, etc., no se puede atribuir una motivación exclusivamente religiosa a su colocación o mantenimiento” (vid. “Símbolos religiosos en un Estado democrático y plural”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 10, 2010, p. 17; versión electrónica en *rej.ujae.es*).

⁹ En la sentencia de 13 de marzo de 2003, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se ventilaba la decisión del Ayuntamiento de Lucena de adoptar un lema y escudo heráldico municipales. Habiéndose achacado a la incorporación al primero del término “Mariana” una vulneración de la libertad ideológica y religiosa y del carácter aconfesional del Estado, la Sala se sustenta, para rechazar el recurso, en que se estaba así recogiendo “un hecho relevante y peculiar de su pasado histórico”, por razón de la vinculación entre el Ayuntamiento y el Santuario de la Virgen de Araceli desde 1562.

lectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adhesión a postulados religiosos; concluyéndose que en el presente caso, el patronazgo de la Santísima Virgen en la advocación o misterio de su Concepción Inmaculada, tradición secular del Colegio de Abogados de Sevilla, no menoscaba su aconfesionalidad”.

2. Mi puntual desacuerdo con la Sala: ¿pero por qué es necesario secularizar la referencia religiosa?

Pienso que las claves de esta problemática las aporta el –a mi juicio– intachable párrafo conclusivo que acaba de reproducirse, pero que no resulta del todo coherente con lo antes expresado sobre la necesaria secularización del elemento controvertido.

Por una parte, para entender la asunción por entidades públicas de símbolos, referencias o tradiciones religiosas basta con considerar que éstas son acogidas porque –y solo por eso– están integradas en el tejido social; por tanto, son opciones ciudadanas que el Estado o sus instituciones asumen –al igual que lo hacen con las de cualquier otro carácter– con el único objetivo y justificación de satisfacer las demandas e identidades religiosas de la población. Y es que las instituciones públicas han de estar abiertas precisamente a la orientación legítima que proceda del pueblo –en su sentido jurídico más estricto–; y por lo tanto aquellas instituciones, muy legítima y razonablemente, pueden decidir que ciertos aspectos con connotaciones ideológicas o religiosas puedan incorporarse eventualmente a los ámbitos públicos; estos extremos, si es el caso, serán determinados por quienes hayan de ocuparse del gobierno específico de cada uno de esos ámbitos (espacios, instituciones...); y lo harán, en coherencia con el principio democrático que rige todo lo público, teniendo en cuenta también y quizás principalmente al sentir mayoritario de sus usuarios o/y servidores; y más aún si los órganos previstos al efecto son precisamente representativos de servidores y usuarios de tal tipo de establecimientos o servicios. No puede olvidarse que el principio democrático se puede y debe complementar con el de la adecuada participación administrativa de los interesados, en la medida que resulte razonable.

Por otra parte –y también el párrafo de la sentencia antes aludido lo apunta– es importante comprender que, cuando se da por un poder público esta asunción de elementos religiosos –nítidamente religiosos–, no se produce necesariamente un “respaldo o adhesión a postulados religiosos”, que es lo que pondría en entredicho la aconfesionalidad de la institución. Como ocurre con otras realidades sociales que los poderes públicos acogen (filosóficas, deportivas, artísticas, étnicas...), sin que ello implique necesariamente identificación

alguna con lo acogido. Por tanto, pienso que no hay *ninguna diferencia* —lo remarco— en que, por ejemplo, una Administración ceda espacios para un acto musical o religioso, que distinga a un ciudadano por méritos confesionales o civiles, que un alcalde acuda a un evento deportivo o a un oficio religioso, que el ejército honre a sus caídos leyendo unas poesías o con una misa, etc., etc.: ni en unos casos ni en otros ese poder público se adscribe a precisas opciones; solo satisface identidades, acoge propuestas sociales.

Por tanto, reiterando el título de este epígrafe, cabe preguntarse: ¿por qué es necesario secularizar la referencia religiosa (nombre, emblema, himno y cualesquiera otra) para que pueda ser asumida en un ámbito público?, ¿por qué exigirles el refrendo reforzado de que deban de constituir “tradiciones seculares”, sin que se exijan cambios de identidad o arraigos históricos a otro tipo de simbologías?, ¿por qué se le niega a estos elementos religiosos una legitimidad en sí mismos, que otros parecen tener *per se*?, ¿no es la pretensión de exigir una legitimación histórica o la “pérdida” de su originario sentido religioso (o al menos su debilitamiento, al requerirse que adquiriera también otros significados, que hasta parece deben erigirse en predominantes) una discriminación de este factor social religioso frente a otros elementos sociales? Esto con independencia de que, desde luego, sea innegable que reforzará la legitimidad de la acogida pública del elemento religioso el que esté revestido, además, del refrendo de una tradición secular o de singulares cualidades culturales. Así, el hecho de que, por ejemplo, un crucifijo, una catedral o una procesión revistan un valor histórico-artístico, o que un himno religioso sea portador de una riqueza musical, o que un patronazgo religioso u otra simbología gocen de un arraigo histórico, no dejarán de contribuir a la legitimación social que —no lo olvidemos— requiere cuanto comporta cualquier despliegue de lo público, en lo que no parece debiera haber espacio para el mero voluntarismo ni menos aún para la arbitrariedad.

Pienso que es necesario remarcar algo que ya se apuntado en varias ocasiones: que el hecho religioso tiene una innegable y connatural entidad social, reforzada por el hecho de ser expresión de un derecho fundamental de los más nucleares¹⁰. Vuelvo a repetir que es clave entender que lo religioso es también, en sí mismo, inescindiblemente, cultural y social. En este sentido, me parece que tiene razón el Fiscal en el asunto que nos ocupa cuando en sus alegaciones sostiene que la advocación mariana en conflicto “tiene un significado religio-

¹⁰ Me ocupé de ello en *Libertad religiosa y espacios públicos*, cit. pp. 29 ss.

so” (sencillamente, me parece una evidencia). Pero lo importante es comprender que, con ser “ontológicamente religioso”, el símbolo (el patronazgo) no deja de ser, precisamente por ello, una manifestación socio-cultural tan legítima como las demás, y que como tal puede ser asumida por los responsables o usuarios de lo público, siempre que con ello no se pretenda la identificación propia de la confesionalidad ni efecto impositivo alguno.

Es importante precisar qué significa, por tanto, la asunción de un patronazgo por una entidad pública (un Colegio profesional o un pueblo, por ejemplo): implica que la mayoría de los colegiados han querido poner su trabajo al amparo de una referencia religiosa¹¹, o que la Corporación municipal interpreta que la mayoría de su ciudadanía quieren para su población un patrono religioso; ni más ni menos. Quienes esto han querido, colegiados o ciudadanos, lo procurarán ordinariamente por motivos religiosos –o por otros–, pero el poder público, al acordarlo, no lo hace por motivos religiosos –que le están vedados–, sino por una causa social o de interés público –única que puede guiar sus acciones–: porque quienes de él dependen o configuran su voluntad así lo han querido, legítimamente; a la par que se puede reclamar de los poderes públicos que atiendan otras de sus identidades o demandas. Como bien dice la Sala, “la finalidad de la norma estatutaria es conservar una de las señas de identidad del Colegio de Abogados de Sevilla”... aunque para ella se trata –ha de tratarse necesariamente– de una seña secularizada.

En este punto, en la sentencia que ahora analizamos se cita una jurisprudencia anterior que aporta valiosas luces. Cita la Sala la sentencia 130/1991, de 6 de junio, en relación a la presencia en el escudo de la Universidad de Valencia de la imagen de la Virgen y de una leyenda a ella alusiva: como recuerda ahora el Tribunal Constitucional, se declaró entonces que resultaba compatible con la aconfesionalidad estatal, tanto la decisión del claustro universitario de proceder a su supresión, como la que hubiera supuesto su mantenimiento; y ello sin detenerse a valorar, para esta segunda opción, si concurría en la imagen y en la leyenda algún significado distinto al religioso: sin más, su carácter religioso se da por descontado. Se citan también una serie de resoluciones del Alto Tribunal (auto 551/1985, sentencias 177/1996 y 101/2004) en las que se avala sin mayores problemas la celebración de oficios o festividades religiosas en ámbitos públicos, sin atender a que pudieran o no haber perdido su

¹¹ O, como señala en propio Colegio sevillano en este caso, es la “mera constatación de las reales creencias religiosas de una parte de la sociedad sevillana a lo largo de la historia”.

carácter nítidamente religioso. Se invocan ahora estas resoluciones solo para remarcar que la asistencia a estos actos ha de ser voluntaria¹², pero, ¿los oficios religiosos aludidos –una misa, ordinariamente– tienen, quizá, otro carácter que el estrictamente religioso?

Pienso, además, que el TEDH, en la sentencia *Lautsi II*, acaba de avalar la interpretación que aquí se propone, de no negar a los elementos estricta o fundamentalmente religiosos el carácter de elementos socio-culturales, y que como tales no pueden ser discriminados en relación a los demás. Al valorar la compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de la presencia del crucifijo en las escuelas públicas, la Gran Sala advierte que a su juicio “el crucifijo es ante todo un símbolo religioso”; y añade: el hecho de que “el simbolismo religioso agote, o no, la significación del crucifijo no es decisivo en este estadio del razonamiento”. Es decir, no le resulta determinante que el crucifijo pueda suscitar otros mensajes o estar revestido de otras significaciones, aportadas por la historia y las tradiciones de Italia...¹³; sencillamente, en opinión de la Gran Sala, su contenido religioso no está, *ab initio*, proscrito, por lo que entra a valorar sus efectos en el ámbito escolar para juzgar la compatibilidad de su exhibición con los derechos consagrados en el Convenio.

Por tanto, si se asume la interpretación expuesta, se entenderá que no solo considere constitucionalmente admisible avalar los miles de patronazgos religiosos con notable arraigo histórico que existen en nuestro país, sino que también me parezca legítima su asunción en instituciones nuevas: Colegios profesionales, pueblos, o cualesquiera instituciones públicas de nueva creación (mi joven Universidad, que data de 1994, así lo ha hecho).

3. Patronazgo y neutralidad religiosa

Procede advertir, de entrada, que considero el concepto de neutralidad distinto del de aconfesionalidad, aunque con frecuencia se presentan como sinónimos o equivalentes. Es sabido que la aconfesionalidad implica una decla-

¹² En este punto el Tribunal Constitucional insiste –y no es necesario mayor detenimiento, pues es algo sentado tiempo atrás para actos religiosos diversos y pacíficamente asumido– en que el recurrente vería menoscabada su libertad religiosa si, en virtud de la norma colegial, estuviese compelido a participar en eventuales actos en honor de la Patrona del Colegio de Abogados, lo que –señala la Sala– no se da en este caso.

¹³ Esta circunstancia había sido alegada por el Gobierno italiano en la causa seguida ante la Sección segunda, como argumento para justificar la presencia del símbolo.

ración, constitucional normalmente, de que el Estado y sus instituciones no se adscriben a confesión alguna. La neutralidad ideológica, no solo religiosa, del Estado supone que éste en la normativa infraconstitucional y en la praxis de los poderes públicos no favorece a una concreta ideología religiosa o arreligiosa, y por tanto trata sin favoritismos ni discriminaciones a todas las opciones en este campo, y no adopta posturas de adoctrinamiento o partidistas. Celebro que el Tribunal Constitucional esboce una diferencia conceptual, en esta nueva sentencia, entre neutralidad y aconfesionalidad; lo hace cuando habla de la “neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado” (FJ. 3º). Diferencia conceptual que es más clara en la jurisprudencia del TEDH: baste señalar que éste no considera contrario al Convenio la opción confesional en los Estados, seguida por señalados miembros del Consejo de Europa (aunque la someta a ciertas limitaciones¹⁴), pero sí impone a quienes suscriban el Convenio la neutralidad ideológica y religiosa, a desplegar, fundamentalmente, en las instituciones públicas de enseñanza, a las que se les impide ejercer comportamientos adoctrinadores¹⁵.

El Tribunal Europeo, en *Lautsi II*, al resultarle indiferente la aconfesionalidad italiana, se centró en indagar si la presencia del crucifijo en las aulas públicas, dispuesta por el Estado, implicaba una actitud incompatible con la neutralidad ideológica estatal, por comportar una influencia o adoctrinamiento, en este caso sobre los niños. Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional invoca en este punto esa sentencia europea (y los fallos anteriores de la Corte que allí se citan), para determinar si el comportamiento del Colegio de Abogados había sido respetuoso con la neutralidad religiosa del Estado. El Tribunal recuerda la “menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad religiosa del Estado de los símbolos o elementos de identidad esencialmente pasivos frente a las actuaciones con capacidad para repercutir sobre la conciencia de las personas, como son los discursos didácticos o la participación en actividades religiosas” (tal co-

¹⁴ Así, no se admite que la adscripción a la iglesia estatal sea obligatoria, o a que la falta de incorporación a ella tenga efectos discriminatorios (como que se considerara condición para el acceso a cargos públicos o para ser beneficiario de ayudas públicas). Vid. GARCÍA URETA, A., “Artículo 9. Libertad de pensamiento, conciencia y de religión”, en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 402-403.

¹⁵ Suele citarse al respecto la sentencia *Kjeldsen, Madsen y Pedersen*, de 7 de diciembre de 1976, cuya doctrina es invocada con frecuencia en fallos posteriores; particular interés tienen las sentencias *Folgero y otros contra Noruega*, de 29 de junio de 2007, y *Hasan y Eylem Zengin contra Turquía*, de 9 de octubre de 2007.

mo concluyó el Gran Sala de Estrasburgo en relación con la presencia del crucifijo en las paredes de las aulas). Siguiendo con ese razonamiento, la Sala precisa más adelante, muy acertadamente, que “ha de partirse de que los elementos representativos a que nos venimos refiriendo, singularmente los estáticos, son escasamente idóneos en las sociedades actuales para incidir en la esfera subjetiva de la libertad religiosa de las personas, esto es, para contribuir a que los individuos adquieran, pierdan o sustituyan sus posibles creencias religiosas, o para que sobre tales creencias o ausencia de ellas se expresen de palabra o por obra, o dejen de hacerlo”. Es decir, la adopción de un nombre, un emblema o un himno, o un patronazgo, no tiene carácter impositivo, de violencia alguna sobre la libertad personal o de potencial adoctrinamiento.

Dicho esto, me parece importante hacer dos advertencias o puntualizaciones sobre la neutralidad religiosa del Estado:

1. En primer lugar, es esencial determinar la razón de ser y las consecuencias de esta neutralidad del Estado. Su razón de ser bien la expresó el Fiscal en la sentencia que nos ocupa al afirmar que es “presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en la sociedad plural y democrática”: la neutralidad opera, pues, como *garantía del ejercicio de la libertad religiosa por parte de los ciudadanos*; garantía que ha de ser mayor en los ámbitos públicos, pues allí el Estado actúa como garante neutro e imparcial de aquella libertad. La consecuencia de la neutralidad, así entendida, no es que en las instituciones, establecimientos o espacios públicos la libertad religiosa personal deba inhibirse, quedar necesariamente “neutralizada”: quien es neutro religiosamente es el Estado, no quienes en sus ámbitos se desenvuelven, que pueden pretender, legítimamente —con respeto a los derechos de los demás—, que la sociedad y el ambiente público reflejen sus opciones religiosas, y que los poderes públicos, en coherencia con el principio democrático ya aludido, lo acojan.

2. En segundo lugar, creo importante hacer notar que este papel del Estado, garantista y neutro, pone en sus manos la responsabilidad de asegurar, como se ha dicho, que todos puedan desplegar de manera pacífica sus convicciones. Esto tiene dos consecuencias. La primera es que lo público es necesariamente plural, también en lo religioso: es decir, la neutralidad del Estado está al servicio de la pluralidad en sus ámbitos; entender éstos como algo incoloro, inodoro e insípido, neutralizador de las libertades, es un empobrecimiento que pervertiría su razón de ser. Y, desde luego, si la opción que quiere dejarse fuera es únicamente la religiosa, el Estado no estaría siendo para nada neutro. La segunda consecuencia deriva de la anterior: por ser esencialmente plural, lo

público es ámbito de desavenencias y conflictos¹⁶, de convivencia con manifestaciones de religiosidad que no compartimos, que nos pueden molestar, o incluso ofender. Y ahí está también el papel del Estado (de todos sus poderes, incluido el judicial) de juzgar sobre la tolerabilidad de las expresiones del pluralismo religioso. En este punto creo debe insistirse en una idea en la que ya me detuve en su momento¹⁷: que una cosa es una “imposición” –comportamiento siempre intolerable– y otra una “molestia”. Por eso, la Gran Sala, en *Lautsi II*, desautorizó a la Sección segunda en este punto: consideró que las molestias que podía causar a la reclamante –a su subjetivo entender– la presencia del crucifijo no autorizaban a hablar de violación de los derechos implicados. En este sentido es también ilustrador el voto particular concordante del juez irlandés Power en la misma sentencia europea: explica que el criterio para determinar si ha habido violación de la libertad de creencias no es la existencia de una “ofensa”, sino de una “coacción”. El Convenio –aclara– no consagra un derecho a no ser ofendido por la manifestación de las convicciones religiosas de los demás; de modo que termina afirmando, en relación con la exposición del símbolo religioso –supuesto no muy distinto al que aquí nos ocupa, también fundamentalmente simbólico– que “no obliga ni constriñe a nadie a hacer o a abstenerse de hacer cosa alguna”¹⁸. Del mismo modo, puede concluirse que al colegiado disidente de Sevilla sin duda puede “molestarle” una declaración de patronazgo que no comparte, pero ello no supone ninguna “imposición” que le arrebatase su derecho a la libertad religiosa negativa.

4. Elementos religiosos y principio de igualdad

Probablemente la alegación más fácilmente rebatible de cuantas plantea el recurrente es la supuesta vulneración del principio de igualdad: como se adelantó, considera que los Estatutos en litigio consagran una desigualdad, al primar las creencias religiosas de un determinado grupo.

¹⁶ Esta inevitabilidad de los conflictos, en el ámbito religioso, la reconoció el Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2002, de 18 de julio, con estos términos: “La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad del Estado” (F.J. 7).

¹⁷ Vid. *Libertad religiosa y espacios públicos*, cit. p. 220 ss.

¹⁸ Lo que apostilla de esta manera: esta exhibición no exige un compromiso en actividad determinada, incluso en concebible que pueda apelar o estimular la discusión y el intercambio abierto de puntos de vista. En definitiva, a su juicio, esta presencia no impide al individuo seguir lo que le dicte su conciencia y no excluye para él toda posibilidad de manifestar sus propias convicciones e ideas religiosas (la traducción es mía).

De inicio, procede recordar –puede deducirse de lo dicho hasta aquí– que los poderes públicos pueden, de manera cabal y adecuada, respetando los parámetros constitucionales, acoger y auxiliar las demandas religiosas de sus ciudadanos. Cumplimenta así el “social” mandato, también constitucional, 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” (art. 9.2 CE); y más específicamente, se atiende a la consigna del art. 16.3 CE, también dirigida a los poderes públicos, de tener en cuenta “las creencias religiosas de la sociedad española”. Las maneras en que pueden atenderse estos encargos son muy variadas, en ámbitos y en intensidades (pues no se concretan en el Texto básico, dejándose a la legislación ordinaria y a la praxis administrativa). En cualquier caso, pocas dudas pueden haber de que el modo de hacerlo no puede ser sino proporcionado a la demanda y arraigo ciudadano. Esto ocurre, lógicamente, con la acogida y auxilio público de cualesquiera derechos o requerimientos de los ciudadanos: así, el poder público subvenciona en mayor medida los sindicatos mayoritarios que los minoritarios, las cadenas de televisión públicas acogen eventos deportivos en proporción a la demanda, etc., sin que proceda hablar en tales casos de discriminación, pues igualdad es –no lo olvidemos– tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales, sean individuos o colectivos.

Aunque en este conflicto que nos ocupa nadie invoca específicamente la protección de las minorías, es éste un alegato frecuente en casos semejantes. Ciertamente, el Estado debe atender a la tutela de quienes están en situación desventajosa: con este objetivo dispone, por ejemplo, que el sindicato minoritario también resulte subvencionado o que las querencias deportivas minoritarias de la población tengan su acogida en los canales públicos. Pero las minorías deben asumir su papel de tales, sin pretender que sean ellas quienes lleven el peso de una negociación colectiva sindical, quienes reciban mayor atención en las televisiones públicas o quienes determinen el sentido de las leyes en sede parlamentaria; ni quienes tengan preeminencia a la hora de aportar el tenor religioso o arreligioso –o cualesquiera otros– a los espacios o instituciones públicas en que se desenvuelven.

En este sentido, sin duda la expresión pública de la libertad religiosa está garantizada, pero en no pocas ocasiones sus proyecciones –o expectativas de proyecciones– resultan incompatibles entre sí (el crucifijo no puede estar y no estar, el Colegio y la ciudad o tienen patrón o no lo tienen): en estos casos es necesaria una decisión... que será asumida ordinariamente en base al principio democrático, de acuerdo con la voluntad de la mayoría. No es infrecuente que esta voluntad mayoritaria haya devenido en tradición histórica consolidada, lo que le reporta un plus de legitimidad, y exige, en buena ley, una justifi-

cación proporcionada si se pretende su alteración. Por todo esto, el TEDH, en *Lautsi II*, admitió la adecuación al Convenio de una reglamentación que daba a la religión mayoritaria en el país una visibilidad preponderante en el medio escolar; y por eso, nuestro Tribunal Constitucional admitió la decisión de la mayoría de los colegiados, históricamente afirmada además, en la causa que nos ocupa.

Asimismo, como resaltan varios de los alegantes en el proceso –según vimos–, no se produce una efectiva discriminación, pues el reclamante puede ejercer en plenitud su profesión. Además, como advierte el propio Colegio, todos los derechos, deberes, garantías, funciones y servicios prestados en favor de los colegiados, lo son con independencia de su credo, religión y participación o no en actos de culto de cualquier creencia.

En este punto, la Sala segunda del Tribunal Constitucional es aún más radical que los intervinientes en el proceso. Al no observar menoscabo en la neutralidad religiosa del Colegio de Abogados ni en la dimensión subjetiva de la libertad religiosa de sus miembros, la Sala considera que la queja referida a la infracción del art. 14 CE queda desprovista de fundamento, como también apreció el TEDH en *Lautsi II*, causa a la que nuestro Tribunal se remite en este punto. Excluida la discriminación, los magistrados advierten que la asunción por el Colegio profesional de signos de identidad como los aquí discutidos, que cumplan una función integradora o representativa o que satisfagan mejor las sensibilidades y preferencias de diversa índole de los colegiados, es algo que corresponde decidir a la Corporación democráticamente.

IV. REFLEXIÓN FINAL

En varias ocasiones ha expresado nuestro Tribunal Constitucional que no puede darse una “confusión entre funciones religiosas y estatales” (entre otras, STC 24/1982, 340/1993 y 177/1996). Es claro, en este sentido, que a las entidades públicas no les corresponde asumir las primeras: no pueden, por tanto, desempeñar el papel específico de una iglesia o confesión religiosa, ni de su clero, ni el de su autoridad propia. Más importante resulta aquí y ahora insistir en que cuando una institución pública decide acoger ciertos aspectos –un nombre, un patronazgo, un escudo, un símbolo– con connotaciones ideológicas o religiosas (como de otro tipo, siempre que sean legítimas) no está ejerciendo una “función religiosa”, ni tiene por qué significar identificación institucional con una confesión religiosa determinada: en ese caso, no deja de realizar una estricta “función estatal” (en el sentido de función pública), permaneciendo en

consecuencia abierta a la legítima orientación que procede del pueblo en su conjunto o de su base social propia. Y es que las entidades e instituciones públicas no pueden estar sino en estrecha conexión con la identidad de un pueblo: puede decirse que han de reflejar esa identidad o la reflejarán legítimamente en una u otra medida. Con este cometido, las tradiciones seculares, el patrimonio cultural –de las que las querencias religiosas forman parte–, se proyectarán de algún modo en las entidades públicas y en su actuación, aunque siempre han de estar abiertas al pluralismo real de la sociedad a la que sirven y atentas al debido respeto y satisfacción de los derechos fundamentales. Pienso que esta proyección puede predicarse especialmente de aquellas entidades que tienen un sustrato asociativo –como los Colegios profesionales– o político –como los Ayuntamientos–. Lo dicho puede tener interés cuando se trata de la adopción de un patronazgo religioso: este acto puede estar exento de consecuencias operativas, pero es de la mayor importancia para caracterizar la identidad de una Corporación, aun de un modo que excluya lo que es propio de la asunción de una confesionalidad.

Por último, en ninguna Corporación –como ocurre con cualquier grupo– las voluntades que aúna son coincidentes. Siempre habrá quienes disientan de la identidad mayoritaria e históricamente asumida, y necesiten hacer un ejercicio de la virtud cívica de la tolerancia.

La protección del patrimonio arqueológico subacuático, competencias sancionadoras de la Comunidad Autónoma de Andalucía: Caso Odyssey.

Mónica Ortiz Sánchez

Letrada de la Junta de Andalucía

María del Amor Albert Muñoz

Letrada de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES Y RESUMEN DE LA SENTENCIA. III. ANÁLISIS DE LOS RAZONAMIENTOS Y DOCTRINA QUE CONTIENE LA SENTENCIA: 1. Caducidad, 2. Non bis in ídem, 3. Incompetencia por ser el pecio propiedad del Reino Unido, 4. Incompetencia de la Junta de Andalucía para sancionar en el mar territorial, 5. Incompetencia de la Junta de Andalucía y competencia del Estado en virtud del real decreto 799/81, 6. Hechos ocurridos en aguas españolas. IV. COMENTARIO.

I. INTRODUCCIÓN

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, ha resuelto en la Sentencia de 26 de mayo de 2010 el Recurso 396/2007 presentado por Odyssey Marine Exploration Inc. contra la Orden de la Consejería de Cultura de 10 de abril de 2007, por la que se estima parcialmente el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director General de Bienes Culturales, por la que se impone a la actora una sanción por infracción de la Ley 1/91 de Patrimonio Histórico de Andalucía por realización de actuaciones arqueológicas sin autorización, fijando la cuantía de la multa en 60.101,21 euros.

El Ponente ha sido el Ilmo. Sr. D. Eugenio Frías Martínez.

Esta sentencia es digna de un comentario por diversas razones: por la repercusión internacional de los hechos que dieron lugar, entre otros procesos, al procedimiento sancionador que ahora se analiza, y que curiosamente ha sido el menos conocido, y por la doctrina que fija en relación a las competencias de las Comunidades Autónomas en la protección del patrimonio arqueológico subacuático.¹

Esta Sentencia, junto con la del Tribunal Federal de EE.UU., confirma la imposibilidad de los cazatesoros de actuar en cualquier parte del mundo de forma impune, expoliando el patrimonio arqueológico subacuático y confirma la necesidad de sujetar este tipo de actividades a una serie de controles administrativos. A saber, que el mundo de los piratas hace tiempo que quedó atrás.

II. ANTECEDENTES Y RESUMEN DE LA SENTENCIA

Los hechos que acontecieron desde el año 2001 hasta la actualidad, con la reciente sentencia que aquí se comenta (2010) y con la del Tribunal Federal de EE.UU. (2009), han sido objeto de análisis en numerosos artículos publicados en revistas especializadas² y por ello no vamos a profundizar en ellos en esta

¹ Ha de recordarse que hasta la fecha la única definición del patrimonio cultural subacuático es la prevista en la Convención sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático, hecha en París el 2 de noviembre de 2001, y ratificada por España mediante Instrumento de ratificación de 25 de mayo de 2005 (BOE 5 de marzo de 2009). Artículo 1. Definiciones. A los efectos de la presente Convención: 1. (a) Por “patrimonio cultural subacuático” se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como: (i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; (ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y (iii) los objetos de carácter prehistórico.

² Se citan a continuación las principales publicaciones que se han realizado sobre este asunto hasta la fecha: Elisa Marina Álvarez González, *Disfuncionalidades de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España. Especial referencia al caso Odyssey*. Revista de Administración Pública núm. 175, enero-abril (2008), páginas 323-273, Madrid; Elsa Marina Álvarez González (dir.), *Patrimonio arqueológico sumergido: una realidad desconocida*, Universidad de Málaga, Servicio de Publicaciones, 2009; José Juste Ruiz, *Buques de estado hundidos y protección del patrimonio cultural subacuático: el llamado caso Odyssey*, en Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia, Marcial Pons, 2009; María Ampa-

reseña de jurisprudencia más allá de lo estrictamente necesario al objeto del comentario que se va a realizar del pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia en relación al procedimiento sancionador tramitado por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía.

Así pues los hechos, resumidos de forma muy concreta, consisten en la realización por parte de la empresa Odyssey Marine Exploration Inc. de actuaciones de investigación y prospección arqueológica, unidas a otras de extracción de piezas arqueológicas (especialmente una considerable suma de monedas de oro y plata) de un barco español, Nuestra Señora de las Mercedes, en aguas territoriales españolas, sin contar con las autorizaciones necesarias.

La actuación de Odyssey Marine Exploration Inc. en aguas españolas realizando actividades de prospección arqueológica y de extracción de monedas de oro de un buque español ha recibido una cobertura mediática a nivel nacional e internacional extraordinaria no sólo por lo exótico del tema (bucos de guerra, tesoros hundidos, problemas internacionales) sino también por los diversos actores que han participado en los hechos (la propia empresa, el Reino Unido, EE.UU., la Administración del Estado en España y de la Junta de Andalucía). Afortunadamente la historia ha tenido un final feliz al confirmar el Tribunal Federal de EE.UU. la sentencia del Juez de instancia, Mark Pizzo, en la que ordenaba a la empresa la devolución de las monedas al Estado Español. Este litigio transnacional entre el Estado Español y la empresa que se ha desarrollado en tribunales estadounidenses no es sin embargo el único litigio al que dieron lugar los hechos ya por todos conocidos.

La Junta de Andalucía incoó un procedimiento sancionador a la empresa que ha terminado con una resolución sancionadora confirmada por los tribunales y ya firme en la que se ratifica la competencia de la Junta de Andalucía para sancionar a aquellas empresas o personas que realizan actividades arqueológicas en el mar territorial español sin la debida autorización.

ro Alcoceba Gallego, *Algunas consideraciones sobre los aspectos competenciales del caso Odyssey y el régimen de protección del Patrimonio Subacuático español*, en *La protección jurídico internacional del patrimonio histórico: especial referencia a España*, Colex, 2009; Sarah Dromgoole, *Murky waters for government policy: the case of a 17th century British warship and 10 tonnes of gold coins*, *Marine Policy* 28 (2004), págs. 189 a 198; Mariano J. Aznar Gómez, *España y el patrimonio cultural subacuático: algunos problemas jurídicos*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 10, 2007 (Ejemplar dedicado a: Arte, Cultura y Derecho) págs. 203-238.

Esta sentencia aborda varias cuestiones de gran calado y servirá seguramente de precedente para futuros casos que puedan surgir dada la riqueza de las aguas españolas en materia de buques hundidos debido a su propia historia y situación geográfica privilegiada. Entre las cuestiones que se abordan son especialmente interesantes las relativas a la competencia de la Comunidad Autónoma para sancionar en relación al patrimonio arqueológico subacuático, permanentemente cuestionada por la recurrente, y que finalmente es reconocida por la Sala en varios fundamentos ampliamente motivados. No sólo se basa la Sala en el reconocimiento estatutario de las competencias sobre patrimonio histórico que se extienden al mar territorial sino que vuelve a recordar la doctrina de los tribunales sobre la diferencia entre la titularidad de los bienes (demanio público) y la posibilidad de que concurran distintas administraciones sobre unos mismos bienes ejerciendo distintas competencias.

También tiene especial relevancia el tratamiento del principio non bis in ídem y la relación entre el procedimiento administrativo y el penal. Y ello porque se incoaron Diligencias Previas en los Juzgados de la Línea de la Concepción por un delito de desobediencia a la autoridad al negarse el capitán del buque Seahawk (el barco empleado por Odyssey Marine Exploration Inc. para realizar las actividades sancionadas) a atender los requerimientos de la Guardia Civil Española.

Precisamente, como se ha indicado anteriormente, una de las cuestiones abordadas en la sentencia es la alegación de la recurrente de que se estaría vulnerando el principio non bis in ídem sobre la pretendida base de la existencia, junto al procedimiento sancionador seguido por la Administración de la Junta de Andalucía, de dos Diligencias Penales abiertas por los Juzgados de Instrucción de la Línea de la Concepción, Cádiz, referidas supuestamente a los mismos hechos, de las cuales la actora interesó la practica de prueba al objeto de acreditar la supuesta identidad.

Sin embargo, como razona la sentencia, no existía la pretendida identidad de sujetos, objeto y bien jurídico protegido, precisa para que se produzca el efecto del principio non bis in ídem.

De hecho, de la actuación de la actora realizando actividades arqueológicas subacuáticas sin la oportuna autorización, no sólo se derivó la incoación del sancionador administrativo que nos ocupa y la apertura de Diligencias Penales, sino que, también dio lugar a un procedimiento de reivindicación del tesoro hallado, seguido ante los Tribunales de Tampa, Florida, procedimiento para determinar la titularidad del hallazgo.

III. ANÁLISIS DE LOS RAZONAMIENTOS Y DOCTRINA QUE CONTIENE LA SENTENCIA

Se van a analizar a continuación los pronunciamientos de la sentencia más relevantes indicándose de forma sucinta en el título de cada apartado su contenido, reproduciendo a continuación en cursiva el texto de cada fundamento y analizándolo seguidamente.

1. Caducidad

SEGUNDO.— Se alega la caducidad del expediente sancionador, por haberse superado el plazo de seis meses, desde la incoación hasta la notificación de la resolución del recurso de alzada.

El plazo de duración del procedimiento se inicia con la incoación y finaliza con la notificación de la resolución sancionadora, sin que se compute en el mismo los plazos de interposición y resolución de los posibles recursos que se interpongan en vía administrativa.

La incoación se efectuó el 16 de marzo de 2006, habiéndose dictado resolución sancionadora el 31 de julio de 2006, notificada el día 28 de agosto siguiente, no habiéndose superado el plazo de seis meses, no es posible estimar la caducidad alegada.

Aborda en primer término la sentencia, la cuestión de la caducidad del procedimiento ya que, efectivamente, de existir ésta, procedería declarar la nulidad del procedimiento sin más trámite.

Sin embargo, tal alegación que la recurrente pretendía fundamentar incluyendo en el cómputo del plazo del procedimiento sancionador, el plazo para resolver el recurso de alzada, es desestimada por la sentencia, ya que dicho plazo, de seis meses, ha de computarse desde la incoación hasta la notificación de la resolución, sin perjuicio, claro está, del eventual recurso de alzada, cuyo cómputo, no se incluye dentro de este plazo establecido para el procedimiento.

2. Non bis in idem

TERCERO.— Aun cuando no se recoge de forma expresa en la demanda, en el escrito de conclusiones se mantiene la vulneración del principio de “non bis in idem” al seguirse por los mismos hechos Diligencias Previas 13/06 del Juzgado de Primero Instancia e Instrucción nº3 de la Línea de la Concepción.

El expresado principio “non bis in idem”, aunque no tiene una directa expresión constitucional ha sido considerado como implícito en el art. 25.1 de la Constitución por rei-

teradas Sentencias del Tribunal Constitucional, entre las que pueden citarse la 2/1981, 77/1983, 159/1985 y 150/1991 y recogido en numerosas sentencias del Tribunal Supremo. El principio general de derecho conocido por “non bis in idem” supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Este principio resulta vulnerado si a consecuencia de la comisión de un solo y único hecho se impone una duplicidad de sanciones por la Jurisdicción Penal y por la Administración.

En el caso de autos no se da la triple identidad. La resolución administrativa sanciona por una infracción al patrimonio por no haberse obtenido autorización para la realización de actividades arqueológicas, siendo el bien jurídico protegido la protección del patrimonio histórico; por el contrario, las diligencias penales se siguen por desobediencia, ante el reiterado incumplimiento de los requerimientos efectuados por la Guardia Civil, en el ejercicio de sus funciones. Además tampoco existe identidad de sujetos sancionados, pues mientras que la sanción administrativa se impone a una la entidad Odyssey Marine Exploration, Inc., el procedimiento penal se sigue contra una persona física, capitán de un buque.

La pretendida vulneración del principio non bis in idem fue una alegación reiterada por el recurrente desde la propia vía administrativa, llegando incluso, en fase procesal y tras la formulación de la demanda, contestación y prueba, a presentar un escrito intentando hacer valer la existencia de los procesos penales como una suerte de excepción procesal que obstaculizaría la prosecución del proceso contencioso–administrativo.

Tal pretensión fue objeto de pronunciamiento específico por la Sala, con carácter independiente y antes del dictado de la Sentencia, rechazándola de plano por Providencia cuyo contenido reproducimos por entenderlo sumamente significativo:

“Por el presente recurso contencioso administrativo no se impone sanción alguna, sino que se revisa la conformidad con el ordenamiento jurídico, de la resolución sancionadora adoptada por la Administración, por lo que el pronunciamiento solicitado de vulneración del principio “non bis in idem” ha de efectuarse en sentencia.

La tramitación del presente recurso no afecta a la decisión que se pueda adoptar por la jurisdicción penal, no siendo necesario comunicación alguna al Juzgado de Instrucción”.

No obstante, la recurrente impugnó dicha Providencia, pretendiendo la suspensión del procedimiento jurisdiccional contencioso administrativo, hasta la resolución del procedimiento penal, ya que a su entender, de lo contrario, se vulneraría el citado principio derivado del artículo 25. 1 de la Constitución,

pretensión impugnatoria a la que nos opusimos entendiendo que la actora confundía el alcance y operatividad del principio non bis in ídem, que se proyectaba, en su caso, respecto de la resolución sancionadora, pero no sobre el proceso contencioso administrativo como revisor de la actuación administrativa impugnada. Por ello, de existir la pretendida vulneración, ésta se produciría por la imposición de la sanción, pero nunca por la revisión jurisdiccional del acto sancionador que implica el procedimiento contencioso administrativo. Precisamente, la existencia o no de la vulneración del invocado principio habría de ser resuelto en la propia sentencia, cerrando así la garantía constitucional derivada del artículo 25.1 CE.

Y eso es lo que hace finalmente la Sentencia en el Fundamento que estamos analizando, analizar, para rechazar la pretendida vulneración del principio non bis in ídem.

Ya la Resolución sancionadora realizaba un pormenorizado análisis de que no concurrían las identidades precisas para apreciar que se estaban sancionando los mismos hechos, las mismas personas y por la misma causa.

Efectivamente, dos eran las Diligencias que el recurrente trajo a los Autos, ambas tramitadas ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de la Línea de la Concepción (Cádiz), unas correspondientes al año 2006 y otras al año 2007.

Empezando por éstas últimas, las del 2007, ni siquiera se referían a estos mismos hechos, lo que por sí sólo era suficiente para excluir la aplicación del principio, pero son ilustrativas de lo que podemos calificar como una conducta reiterada de la actora contraria al obligado respeto del Ordenamiento Jurídico Español, cuando se trata de realizar actividades en territorio Español.

El propio CAB (Consejo Británico de Arqueología) calificaba a la actora de “cazatesoros” y resaltaba la “ILEGALIDAD” DE SU ACTUACIÓN Y EL “DAÑO IRREPARABLE” al patrimonio arqueológico que está causando con su forma de actuar.

Se trataba de Diligencias que se seguían por posible expolio, contrabando..., tipos delictivos que en nada afectaban a la actuación administrativa enjuiciada en el ámbito del recurso contencioso-administrativo, y que resultan perfectamente compatibles. De hecho, el que incluso la actora contara con la autorización que le habilitaba para realizar la actividad de prospección arqueológica, (cuya carencia era la determinante de la sanción administrativa), no

podría impedir el que la actora cometiera: **expolio, contrabando, daños al patrimonio cultural por imprudencia grave...** Una cosa es contar con la autorización para realizar actividades arqueológicas y otra distinta es qué se hace después con los hallazgos, y es evidente que las Diligencias del 2007 abordan esta otra “faceta” de la actora.

En suma, lejos de permitir apreciar el invocado principio alegado por la recurrente con la finalidad de excluir la imposición de la presente sanción, toda la prueba practicada a su instancia ponía de manifiesto que su tónica habitual de actuación distaba mucho de ser respetuosa con el ordenamiento jurídico español.

Por lo que se refiere a las Diligencias abiertas en el 2006, sí se referían a los hechos del 10 de enero de 2006, pero el delito por el que se abren es DESOBEDIENCIA, sin que conste otro delito en esas Diligencias. Lo perseguido es la actitud de desobediencia ante la orden de la autoridad (la Guardia Civil), de que se abandonaran las actividades.

El autor de la conducta era distinto al sancionado por la Resolución Administrativa, ya que en ésta la sancionada era la recurrente, ODDYSSEY EXPLORER, en tanto que las Diligencias Penales se seguían contra el capitán del buque.

Es evidente que de una misma actuación se pueden derivar múltiples consecuencias jurídicas y eventualmente pueden ser calificadas jurídicamente desde perspectivas distintas, pudiendo hablar así de responsabilidades penales, civiles o administrativas. Es incuestionable que los bienes jurídicos protegidos en la persecución de un delito de desobediencia y la sanción impuesta por la Resolución administrativa impugnada por la falta de autorización administrativa, son absolutamente diferentes.

Efectivamente, de la actuación de la Guardia Civil se derivaron dos frentes diferentes de actuación: el administrativo sancionador por la falta de autorización y el penal por el delito de desobediencia. Los bienes jurídicos protegidos, en uno y otro caso, eran, asimismo, distintos.

3. Incompetencia por ser el pecio propiedad del Reino Unido

CUARTO.— Se alega la incompetencia de la Junta de Andalucía, al entender que el pecio Sussex pertenece al Reino Unido, y no siendo patrimonio andaluz no es aplicable la Ley 1/91 de Patrimonio Histórico de Andalucía.

El Art. 52.1 de la Ley 1/91 dispone que “será necesaria la previa autorización de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente para la realización de todo tipo de excavaciones y prospecciones arqueológicas, terrestres o subacuáticas”.

No se ha acreditado de forma fehaciente, y sin lugar a dudas la realidad de la identificación del buque. Para llegar a la identificación del buque es necesaria la previa realización de prospecciones subacuáticas, que deben ser autorizadas por la Administración, con carácter previo, con la finalidad de asegurar la adecuada protección del patrimonio histórico, evitando la pérdida o la sustracción del mismo. Con independencia de la propiedad de los bienes arqueológicos encontrados, y del destino que una vez descubiertos deba darse a los mismos, toda prospección arqueológica requiere de la previa autorización administrativa.

Como una de las causas determinantes de vicio de nulidad del procedimiento sancionador seguido, se alegaba la falta de competencia de la Junta de Andalucía, porque *“el pecio del Sussex pertenece al Reino Unido”*, lo que determinaría, según el recurrente, el primer parámetro de “incompetencia de la Junta de Andalucía para sancionar”.

Tal planteamiento pretendía introducir confusión en el debate, ya que la sanción se imponía por haber realizado unas **actividades arqueológicas subacuáticas sin someterse a los requisitos** que establece la legislación aplicable en materia de protección del patrimonio histórico, **con independencia de cuál pueda ser la pertenencia del barco a uno u otro Estado**, cuestión que no era el objeto del expediente y que, ninguna incidencia tenía en la sanción impuesta.

Es más, ni siquiera los restos del buque estaban debidamente identificados, por lo que, insistimos, con independencia de cuáles fueran esos restos y su eventual pertenencia, la realidad fáctica que había sido objeto del procedimiento sancionador, era la realización de tales actividades **sin autorización**.

En todo caso, nada en la prueba practicada a instancias de la demandante demostró que las actuaciones en la zona se refirieran a ese pecio, el Sussex, lo que resulta particularmente interesante si se tiene en cuenta cómo unos meses después aparece toda la problemática relacionada con el “Black Swan” y el tesoro encontrado en España y que posteriormente daría lugar a una **Sentencia del Juez Mark Pizzo, en Tampa (Florida), donde se juzgaba el expolio del tesoro de “La Mercedes”, compuesto de 500.000 monedas de oro y plata**, hecho notorio por su difusión en prensa y que puede consultarse fácilmente en Internet. Dicha Sentencia dio la razón a España.

4. Incompetencia de la Junta de Andalucía para sancionar en el mar territorial

QUINTO.— Se mantiene igualmente la falta de competencia de la Junta de Andalucía por no tener competencia arqueológica subacuática en el mar territorial, limitándose la competencia a la zona marítimo-terrestre.

La sentencia del Tribunal Constitucional 38/02, tras reconocer que las competencias de las Comunidades se circunscriben a su ámbito territorial, y señalar que dentro de este se incluyen de forma indubitada los puertos y zona marítimo-terrestre, reconoce que distinto es el caso del mar territorial. Ahora bien, no declara la ausencia de competencia de las Comunidades Autónomas en el mar territorial, sino que por el contrario dispone que “en el mar territorial excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas, eventualidad ésta que dependerá, bien de un explícito reconocimiento estatutario (vertidos industriales o contaminantes en aguas territoriales, salvamento marítimo: art. 17.6 y 11 EAA) bien de la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad (acuicultura: STC 103/1989, de 8 de junio ; ordenación del sector pesquero: STC 158/1986, de 11 de diciembre; marisqueo: STC 9/2001, de 18 de enero)”.

El art. 13.27 del Estatuto de Autonomía de Andalucía otorga competencia exclusiva respecto de “Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo que se dispone el número 28 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución”. El límite constitucional, reservado al Estado, se refiere a la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y expoliación. Por su parte el Real Decreto 864/84 traspasa a la Comunidad Autónoma de Andalucía, dentro de su ámbito territorial, todas las funciones sobre Patrimonio Histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico, paleontológico, etnológico y sobre el tesoro bibliográfico y documental, a salvo de lo que disponen los artículos 149.1 y 149.2 de la Constitución.

A la vista de los preceptos legales citados, hemos de concluir que la Comunidad Autónoma de Andalucía, goza de competencia respecto del patrimonio arqueológico por expreso reconocimiento estatutario y en virtud de competencias traspasadas por el Estado, sin más límites que el derivado de las competencias exclusivas del Estado constitucionalmente reconocidas, por lo que ha de desestimarse este motivo de recurso.

La Sala rechaza así la alegación del recurrente negando la competencia de la Administración de la Junta de Andalucía, sobre la base de un pretendido reparto competencial que determinaría, a su juicio, que “de ser necesaria” la autorización, cuestión que también negaba, la misma no sería competencia de la Administración Autónoma sino del Estado.

Con la cita de la Jurisprudencia Constitucional que recoge la Sentencia, viene a quedar claro que la titularidad demanial no es un criterio para el reparto competencial. Por lo tanto, si la protección del Patrimonio Cultural corresponde a las Comunidades Autónomas (artículo 13.27 EA, en nuestro caso) deben ser ellas quienes ejerzan la totalidad de las facultades inherentes al cometido, pues la distribución competencial en la materia no tiene por qué verse afectada porque su ejercicio se realice en tierra emergida, en el mar territorial o en la plataforma continental. Son pues las Comunidades Autónomas quienes deben autorizar las intervenciones arqueológicas subacuáticas, por ostentar la competencia exclusiva sobre la gestión y la protección del patrimonio arqueológico.

En definitiva, la calificación de dominio público estatal contenida en el artículo 132.2 de la Constitución y la delimitación del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma no representan ningún obstáculo para el legítimo ejercicio de las competencias sobre patrimonio arqueológico subacuático con la extensión prevista en la legislación aplicable.³

5. Incompetencia de la Junta de Andalucía y competencia del Estado en virtud del Real Decreto 799/81

SEXTO.— *Se manifiesta por último, la posible incompetencia de la Junta de Andalucía al corresponder las competencias al Estado, en virtud del Real Decreto 799/81.*

El Real Decreto 799/1981, de 27 de febrero regula la Investigación científica-marina en zonas sometidas a la jurisdicción española, no siendo el mismo aplicable al caso de autos, por cuanto la actividad pretendida no es de carácter científico-marina sino que se trata de prospección arqueológica subacuática, correspondiendo, como se indicaba en el fundamento jurídico anterior la competencia la Comunidad Autónoma.

Habiéndose reconocido la competencia de la Junta de Andalucía, hemos de concluir reconociendo la competencia sancionadora de la misma, cuando se producen vulneracio-

³ La postura sostenida por la Sentencia ha sido también defendida por el Consejo Consultivo de Andalucía en el Dictamen 630/2009 sobre Conflicto de competencia acordado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, el 15 de septiembre de 2009, frente al Acuerdo Interdepartamental entre los Ministerios de Defensa y Cultura, sobre colaboración y coordinación en el ámbito de protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático, de 9 de julio de 2009. Se trata de un Dictamen de gran interés por la amplitud con la que aborda la cuestión que se le plantea.

nes tipificadas en relación al patrimonio arqueológico, o incumplimiento por inobservancia de la Ley 1/91 en cuanto a la obtención de las autorizaciones requeridas.

También rechaza la Sala este pretendido vicio de incompetencia sobre la base de la vulneración de una norma que, simplemente, resultaba inaplicable a los hechos objeto del procedimiento sancionador.

En efecto, los hechos sancionados, a riesgo de ser reiterativos, consistían en **haber realizado unas actividades arqueológicas subacuáticas sin someterse a los requisitos** que establece la legislación aplicable en materia de **protección del patrimonio histórico**.

Sin embargo, el RD 799/81 regula la realización de actividades de investigación científico marinas, que nada tenía que ver con la actividad del Odyssey Explorer, una prospección arqueológica subacuática, cuya regulación se contiene en la Ley 16/1985, de 6 de junio, del Patrimonio Histórico Español, Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, y el Decreto 168/2003, de 17 de Junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas.

6. No son aguas españolas

SÉPTIMO.— *Mantiene la parte, que no se acredita que se trate de aguas españolas al no haberse definido las líneas de base en la zona en que se realizan la excavación, condición indispensable para el reconocimiento internacional.*

Ley 10/1977 del Mar Territorial en su art. 3 dispone que “el límite exterior del mar territorial estará determinado por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de doce millas náuticas de los puntos mas próximos de las líneas de base a que se refiere el artículo anterior”; el art. 2 señala que “el límite interior del mar territorial viene determinado por la línea de la bajamar escorada y, en su caso, por las líneas de base rectas que sean establecidas por el gobierno”.

Como se reconoce en el documento del Ministerio de Asuntos Exteriores, aportado como nº 15 en el escrito de conclusiones, el Real Decreto 2510/77 que define las líneas de base recta, no se han definido las mismas en la zona de la Bahía de Gibraltar, siendo la línea de base en dicha zona de bajamar escorada. Por aplicación de los arts. 2 y 3 citados de la Ley 10/77, el mar territorial alcanza hasta las doce millas náuticas desde la línea de bajamar escorada.

Como se hace constar en la resolución recurrida, la denuncia de la Guardia Civil

mantiene que su actuación se llevó a cabo cuando se encontraban a 9 millas náuticas al sur-este de la Playa Atunara, por tanto dentro de las aguas territoriales. Dicha denuncia goza de presunción de veracidad, invirtiendo la carga de la prueba. La parte actora, no ha efectuado prueba alguna de que se encontrara fuera de las doce millas náuticas, por lo que debe presumirse que el buque se encontraba dentro del mar territorial.

La actora, discutía el lugar dónde ocurrieron los hechos, al objeto de poner en discusión que los mismos tuvieran lugar en aguas españolas. Sin embargo, se limita a negar un hecho que se fundamenta en el claro tenor del Acta de denuncia levantada por la Guardia Civil, acta en la que los agentes señalaban que los hechos se produjeron “siempre dentro de las aguas españolas...”.

Se produce con ello, ante la presunción de veracidad, un desplazamiento de la carga de la prueba hacia la recurrente, prueba que no sólo no verifica sino que de la practicada a su instancia, singularmente la documental traída a los Autos desde las Diligencias Penales, viene a acreditar que el Acta de denuncia de la Guardia Civil sitúa los hechos en aguas españolas.

Los hechos ocurrieron en aguas Españolas y la cuestión que pretendía la actora introducir sobre el carácter “discutido” de la titularidad de dichas aguas, ya ha sido abordada incluso en alguna ocasión, por los Tribunales, como es el caso del Auto de 5 de junio de 2001, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección de Algeciras, resolutorio de la apelación interpuesta por ésta Administración en el asunto relativo al submarino TIRELESS, Auto en el que con referencia al Tratado de Utrech de 13 de julio de 1913, se deja claro que según el mismo, el Reino Unido carece de aguas territoriales en el mar que rodea a dicho Peñón de Gibraltar.

Ninguna duda existía respecto al carácter territorial de las aguas en cuestión, sin que incluso desde la perspectiva histórica, exista reconocimiento alguno de ningún tipo de soberanía distinta de la Española.

IV. COMENTARIO

Siendo lo suficientemente ilustrativo el análisis que se realiza de los hechos que dieron lugar a este procedimiento así como de los fundamentos de la sentencia cabe finalmente resaltar como conclusiones básicas de esta litis que se reconoce la importancia de las competencias de las Comunidades Autónomas en el patrimonio arqueológico subacuático, que se diferencia entre la titularidad del dominio público y el ejercicio de competencias en el mismo

y que se reitera la progresiva importancia que va adquiriendo el patrimonio arqueológico subacuático tanto a nivel nacional como internacional lo que conlleva el planteamiento de cuestiones legales de diversa índole en relación al mismo.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (*)

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN. A. Fuerza normativa. B. Interpretación. II. DERECHOS Y LIBERTADES. A. Derechos fundamentales y libertades públicas. B. Derechos y deberes de los ciudadanos. C. Principios rectores de la política social y económica. D. Garantía y suspensión de estos derechos. III. PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS. IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO. A. La Corona. B. Las Cortes Generales. C. El Tribunal Constitucional. D. La Administración Pública. E. El Poder Judicial. V. FUENTES. VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. A. Comunidades Autónomas. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. B. Corporaciones Locales. A.1. Autonomía B.2. Competencias. VII. ECONOMÍA Y HACIENDA. A. Principios generales. B. Presupuestos. C. Organización territorial. D. Tribunal de Cuentas.

II. DERECHOS Y LIBERTADES

A. Derechos fundamentales y libertades públicas.

1. Sentencia 50/2010, de 4 de octubre (BOE de 29 de octubre). Ponente: Jiménez Sánchez (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 18 y 20
otros:

Objeto: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2004 que desestimó el recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2000, que a su vez había desestimado el recurso de apelación planteado frente a la Sentencia del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de los de Madrid de fecha 22 de abril de 1996

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

Materias: Libertad de información; derecho al honor; ejercicio del derecho a la información

Para la resolución del presente recurso de amparo considerará el TC que ha de determinar si las decisiones judiciales impugnadas, en la medida en que condenaron al Sr. Llamas Gavilanes y a la “Cadena Ser” por intromisión ilegítima en el honor del Sr. Herrero Losada, han vulnerado los derechos a la libertad de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE]. Durante la tramitación del presente recurso se produjo el fallecimiento del Sr. Llamas Gavilanes, y sus herederos, aunque fueron emplazados, no se personaron en el procedimiento, por lo que la “Cadena Ser” ha quedado como única parte recurrente. Según consta en los antecedentes, el TC estima que el problema se centra en las palabras que el Sr. Llamas Gavilanes difundió dentro del programa *Hora 25* de la *Cadena Ser* el 14 de junio de 1995: *Ha habido un lumbreras de radio, de esos que en los Estados Unidos seguramente lideraría una secta, que ha dicho que el asunto del espionaje del CESID es más grave que el intento de golpe de Estado del 23 de febrero. Ese lumbreras se llama Antonio Herrero. Creo que ese señor que dice que lo de las escuchas es más grave que lo de Tejero desde luego sabe de lo que está hablando. Su padre era el responsable de la agencia Europa Press que difundió íntegro El manifiesto de los cien apoyando aquel golpe y mantuvo conversaciones con uno de los responsables de la trama civil. ¿Se acuerdan ustedes de aquel ciudadano voluminoso, García Carrés? Aparece en el sumario por aquella intentona golpista, así que tal vez esté intentando exorcizar ese pasado de su apellido y restar gravedad a aquellos hechos. Señor Herrero, yo no sé con quién habla usted para conspirar.* Como consecuencia de dichas palabras el Sr. Llamas Gavilanes y la “Cadena Ser” fueron condenados en primera instancia, en apelación y en casación por haber lesionado el honor del Sr. Herrero Losada, padre del periodista de la “Cadena Cope” don Antonio Herrero Lima; a juicio de la parte demandante, dicha condena ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión y de información, reconocidos en el art. 20 CE; opinión compartida por el Ministerio Fiscal, que al formular las correspondientes alegaciones ha solicitado la estimación de la demanda de amparo; por su parte los causahabientes del Sr. Herrero Losada han defendido el acierto de las resoluciones judiciales impugnadas, argumentando que, efectivamente, las palabras del Sr. Llamas Gavilanes lesionaron el honor de don Antonio Herrero Losada. Es criterio del TC que nos encontramos ante un conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de información y el derecho fundamental al honor. Para afrontar la cuestión litigiosa, recordará el TC que ya en la STC 139/2007, FJ 5, mantuvo que la función de este Tribunal en los casos de colisión de derechos fundamentales sustantivos no se limita a examinar la suficiente motivación de las resoluciones judiciales frente a los que se demanda

su amparo desde el prisma del art. 24 CE; en el ejercicio de su competencia como garante máximo de los derechos fundamentales, el TC debe resolver el eventual conflicto entre el derecho a comunicar información veraz o el de expresarse libremente y el derecho al honor; desde esta perspectiva, el primer problema que tiene el TC es el de analizar si se encuentra en el ámbito del derecho a la libertad de expresión o en el del derecho a la libertad de información, ya que los parámetros que han de presidir su análisis serán diferentes según considere que se halle ante uno u otro. Recordará el TC que ya había afirmado desde la STC 104/1986, hasta la reciente STC 29/2009, la necesidad de distinguir conceptualmente entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones, incluyendo las apreciaciones y los juicios de valor, y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables; el TC considera que esta distinción tiene importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades: mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que en el texto del art. 20.1 d) CE ha añadido al término *información* el adjetivo *veraz*. Al tiempo el TC ha reconocido que, en la casuística que propone la realidad del ejercicio práctico de estas libertades, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos; como ya se dijo en la STC 29/2009, FJ 2, *la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de opinión (STC 6/1988, Fj 5)*. Estimaré el TC que debe diferenciar dos partes en el juicio de la intervención del demandado: en una primera se relatan hechos en relación con el Sr. Herrero Losada, padre del Sr. Herrero Lima, aportándose determinada información, mientras que en otra segunda, final del discurso, que en realidad ha sido el objeto principal de la discusión procesal, se expresan opiniones que pudieran afectar al honor del Sr. Herrero Losada; desde esta perspectiva se plantea el TC el deber de analizar si la primera parte del relato estuvo amparada por el derecho a la libertad de información y la segunda por el derecho a la libertad de expresión. Respecto de la libertad de información, el TC recordará que ya ha establecido en la STC 29/2009, FJ 4 *que forma parte ya del acervo doctrinal de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (por todas, STC 28/1996, Fj 2)*.

Han de concurrir, pues, en principio los dos mencionados requisitos: que se trate de difundir información sobre hechos noticiosos o noticiables por su interés público y que la información sobre estos hechos sea veraz”. Y con relación al requisito de la veracidad de la información este Tribunal ha señalado que la libertad reconocida en el art. 20.1 d) CE no se erige únicamente en derecho propio de su titular, sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia; será ésta la garantía que justifica la exigencia constitucional de la veracidad en el legítimo ejercicio de la libertad de información atendiendo al recíproco derecho de los ciudadanos de recibir aquélla, rechazando como tal derecho constitucional la trasmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas (STC 199/1999, FJ 2). Asimismo recordará el TC cómo ha insistido reiteradamente en que el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, ya que, cuando la Constitución requiere que la información sea *veraz*, no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que los que transmite como *hechos* hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos. De este modo el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y haya efectuado la referida indagación con la diligencia exigible a un profesional de la información (SSTC 21/2000, FJ 5; STC 29/2009, FJ 4); por lo que se refiere al segundo de los aspectos señalados, el TC nos dirá en relación a la relevancia (STC 29/2009, FJ 4) que *la Constitución sólo protege la transmisión de hechos ‘noticiables’, en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada. Sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático*; precisando, además, que la protección constitucional de los derechos de que se trata alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (STC 105/1990, FJ 4). Establecida esta doctrina y aplicada al supuesto del presente litigio, el TC precisará que ha de concluirse que del relato antes señalado se deduce que la primera parte pone de relieve una serie de datos sobre la trayectoria profesional del Sr. Herrero Losada: que fue director de la agencia Europa Press en la fecha del golpe de Estado del 23-F; que durante ese tiempo se difundió por la citada Agencia

el llamado *manifiesto de los cien*”; y que el Sr. Herrero Losada entrevistó a un personaje que aparecía en el sumario abierto como consecuencia de la trama civil del citado golpe de Estado. El relato de estos hechos, desde el punto de vista constitucional, supera el canon de veracidad tal y como lo hemos definido antes, ya que se refiere a datos que no fueron discutidos por las partes en los procesos de los que trae causa el presente recurso de amparo. Los herederos del Sr. Herrero Losada han centrado sus quejas en que se pretendía atribuir al Sr. Herrero Losada una cierta connivencia con el golpe de Estado a través de un relato de su trayectoria profesional, sin que discutieran la veracidad de los propios datos señalados. Una vez constatado que los hechos sobre la carrera periodística del Sr. Herrero Losada no han sido cuestionados, corresponde realizar la ponderación sobre el interés público de la noticia en el contexto en el cual se produjo su emisión, dentro de una polémica entre dos importantes medios de comunicación radiofónicos. Debe recordarse que, como se pone de manifiesto en los antecedentes, el Sr. Llamas Gavilanes, periodista de la *Cadena Ser*, en su discurso trataba de contestar unas determinadas opiniones del Sr. Herrero Lima, periodista de la *Cadena Cope*, sobre el golpe de Estado del 23-F, así que se trataba de un *diálogo* (conflictivo) entre locutores de radio acerca de la gravedad del citado golpe de Estado, por lo que la alusión al pasado profesional del padre de don Antonio Herrero Lima en relación con la actividad periodística sobre el golpe de Estado no puede calificarse de absolutamente ajena al *debate* que mantenían ambos profesionales en el análisis de un hecho sin duda relevante para la opinión pública, como fue el intento de golpe de Estado; considerará el TC que se trataba, en definitiva, de una réplica efectuada por el Sr. Llamas Gavilanes a las manifestaciones vertidas en su programa radiofónico por el Sr. Herrero Lima, quien fue el que inició el polémico debate al comparar la gravedad de asunto del espionaje del CESID con el golpe de Estado del 23-F. Concluirá por ello el TC: por tanto debe concluirse que la información emitida, a la luz de lo expuesto, está amparada en el ámbito de la libertad de información reconocida en el art. 20.1 d) CE, ya que su contenido reúne los dos requisitos analizados en el presente fundamento, tanto la veracidad como el interés público de la noticia. En relación con el eje fundamental de la queja inicialmente planteada por los herederos del Sr. Herrero Losada, y que ha sido reconocida por los órganos judiciales como lesiva del honor de su causante, se refiere a la siguiente frase pronunciada por el Sr. Llamas Gavilanes: *así que tal vez esté intentando exorcizar ese pasado de su apellidado y restar gravedad a aquellos hechos*. No estamos ante información alguna, sino que esta parte final de las palabras emitidas en su programa por el Sr. Llamas Gavilanes expresan una opinión personal sobre el Sr. Herrero Losada. Aunque podría entenderse que las palabras aluden solamente al Sr.

Herrero Lima, el honor supuestamente lesionado por las mismas ha sido el de su padre, el Sr. Herrero Losada, y así fue denunciado por sus herederos y considerado por los órganos judiciales. Según el TC su doctrina en relación con una eventual lesión del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], ha sido sistematizada recientemente en la STC 9/2007, FJ 4, en la cual, a propósito de un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, el TC ha afirmado que la colisión entre estos derechos debe resolverse a través de una adecuada ponderación, teniendo en cuenta la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que ésta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones. Se recuerda en esta Sentencia que la libertad de expresión es uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional, colocada en una posición preferente, objeto de especial protección y necesitada de un amplio espacio exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor; recordará el TC su doctrina en la citada STC 9/2007, FJ 4, a tenor de la cual *el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de pensamientos, ideas y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas*; además de la valoración objetiva de las palabras pronunciadas, recordará también la STC 160/2003, en donde podía leerse que en la ponderación del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor deben tenerse en cuenta las circunstancias, el contexto, la relevancia pública del asunto y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión, sobre estos parámetros se enjuiciará la cuestión: a tenor de los mismos considerará el TC que la intervención del periodista intentaba replicar a unas previas declaraciones del Sr. Herrero Lima realizadas en un programa radiofónico de la *Cadena Cope*, en el curso del cual comparó el golpe de Estado del 23-F con el caso de las escuchas del CESID, que, a su juicio, era un acontecimiento más grave que el citado intento de golpe de Estado; en este contexto de libre competencia de los citados medios de comunicación, el Sr. Llamas Gavilanes contestó a unas previas declaraciones del Sr. Herrero Lima, lo que pone de manifiesto que, en principio, el contexto y las circunstancias son las naturales para el intercambio de opiniones, ya que el cruce de expresiones vertidas por ambos profesionales del periodismo se llevó a cabo en el marco de la disputa por la audiencia entre emisoras radiofónicas, utilizando cada uno su programa de radio para expresar las opiniones ahora analizadas, aspecto que no fue ponderado adecuadamente en las Sentencias recurridas, que se centraron, únicamente, en el sentido peyorativo de las afirmaciones vertidas; es criterio del TC que la

opinión emitida tiene relevancia pública, de acuerdo con los criterios establecidos en la STC 134/1999, FJ 8, donde se afirmaba que una información posee relevancia pública cuando sirve al interés general en la información y lo hace por referirse a un asunto público; es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos. La aplicación de esta doctrina conlleva apreciar la relevancia pública de la opinión discutida, que se contextualizaba dentro de una controversia radiofónica, con evidentes conexiones políticas de fondo, en relación con hechos históricos polémicos, lo que evidencia el interés público del tema; no olvidará resaltar el TC que el Sr. Herrero Losada era un personaje público, siendo doctrina de este Tribunal que los denominados *personajes públicos* deben soportar, en su condición de tales, el que sus palabras y hechos se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública (STC 192/1999, FJ 7); acerca de si es posible calificar las palabras utilizadas en el debate, si bien pudieran ser inconvenientes o desafortunadas, es criterio del TC que no pueden ser tachadas de *formalmente vejatorias o humillantes* a la vista del fragor del debate y del contexto antes señalado; como es doctrina del TC en su STC 232/2002, FJ 4, si bien el derecho a expresar libremente opiniones no otorga un derecho al insulto, *la Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, aun cuando, desde luego, de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate*; en este contexto apreciará el TC que resulta evidente que, con la expresión analizada, al hilo de la información transmitida se pretendía dejar entrever una presunta cercanía ideológica del Sr. Herrero Losada con los participantes en el golpe de Estado, pero ello no puede considerarse que exceda de los límites constitucionales tolerables en un debate público de las características del planteado, dadas las circunstancias de la emisión y los demás factores anteriormente analizados; en definitiva, las palabras emitidas por el Sr. Llamas Gavilanes sobre el Sr. Herrero Losada no pueden calificarse de *indudablemente injuriosas*, ya que no pueden considerarse como objetivamente lesivas de su honor a la luz de la doctrina sentada por el TC, más aún cuando las expresiones fueron vertidas por un profesional del periodismo dentro de un programa radiofónico y estaban encaminadas a contestar unas previas declaraciones en las que el Sr. Herrero Lima, también profesional de los medios de comunicación, había comparado, por su gravedad, el asunto del espionaje del CESID con el golpe de Estado del 23-F. Considerará el TC que las resoluciones judiciales impugnadas no han realizado, desde el punto de vista constitucional, una correcta ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor, lo que

determina que la demanda de amparo haya de ser estimada, considerándose que una opinión de un profesional de la comunicación debe considerarse amparada por el derecho a la libertad de expresión, ámbito en el cual este derecho debe tener una peculiar protección, como ya se afirmó en la STC 105/1990, FJ 4, al señalar que la defensa constitucional de los derechos de que se trata *alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción*. Se otorga el amparo solicitado declarando que han sido vulnerados los derechos fundamentales de la demandante a comunicar libremente información veraz y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) y d) CE], al tiempo que se decide restablecerla en la integridad de sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de los de Madrid de fecha 22 de abril de 1996, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2000 y de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2004.

2. Sentencia 59/2010, de 4 de octubre (BOE de 29 de octubre). Ponente: Gay Montalvo (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 17, 24, y 25
otros:

Objeto: Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 14 de noviembre de 2007, que desestimó el recurso de apelación formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Alicante, de 18 de enero de 2007, dictada en el juicio oral núm. 82-2006, en la que se condenaba al recurrente como autor de un delito de alzamiento de bienes

Materias: Derecho a la libertad y a la seguridad; derecho a la tutela judicial efectiva; régimen jurídico del cómputo del plazo de prescripción de los delitos.

La cuestión central se articula, sustancialmente, en torno a la no apreciación por parte de los órganos judiciales de la prescripción del delito, en aplicación de una interpretación del Tribunal Supremo (conforme a la cual la mera presentación de una denuncia o querrela interrumpe el plazo de prescripción), que resulta frontalmente contraria a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (que exige, en estos casos, un acto de interposición judicial para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona e interrumpido el plazo de prescripción). En consecuencia, el demandante afir-

ma que se ha producido la violación de sus derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE) porque los órganos judiciales no han atendido su alegación de que el delito estaba prescrito en base a la doctrina del Tribunal Constitucional, y por no concurrir en ese caso los elementos constitutivos del tipo penal por el que ha sido condenado. Del mismo modo, alega la lesión de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por cuanto los órganos judiciales no han ponderado su versión exculpatoria. Expondrá el TC su doctrina en relación con la prescripción concretada en la STC 63/2005, en la que se abordaba con exhaustividad su relación con derechos fundamentales como el de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la legalidad (art. 25 CE) y la libertad (art. 17), este último cuando su no apreciación puede conducir al cumplimiento de una pena privativa de libertad; en esta Sentencia se razona *ex abundantia* sobre la razonabilidad de la fijación del momento de la interrupción sobre la base de un acto de la autoridad judicial; doctrina seguida por sucesivas Sentencias (SSTC 29/2008; 147/2009 y 195/2009), que en síntesis afirma: (a) la interpretación del art. 132.2 CP –y del anterior art. 114 CP de 1973–, conforme a la cual la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta *las exigencias de tutela reforzada*, 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 (art. 17.1 CE); (b) por todo ello resulta imprescindible la existencia de algún *acto de interposición judicial* que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito; (c) la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales corresponde a la jurisdicción ordinaria. Considerará asimismo el TC, que forma parte de esta doctrina afirmar que su enjuiciamiento de las decisiones en materia de prescripción adoptadas por los órganos de la jurisdicción ordinaria ha de limitarse a analizar, en atención a las circunstancias de cada caso concreto, (a) si existió algún acto de interposición judicial y (b) si la valoración del mismo hecha por los tribunales (como suficiente para considerar existente un procedimiento dirigido contra el culpable con virtualidad para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción) atiende al deber de motivación reforzada; concluirá el TC que del examen de lo actuado y de las resoluciones judiciales recurridas se desprende que al recurrente se le imputa sólo un hecho, la compraventa de las fincas otorgada el 9 de septiembre de 1994; por otra parte, Banesto presentó la querrela en el Decanato de los Juzgados de Alicante el 8 de septiembre de 1999 y la ratificó el 31 de enero de 2000; el Juzgado dictó Auto de admisión a trámite el día 1 de febrero de 2000; posteriormente, con fecha 6 de octubre

de 2003 el Sr. Fernández Hernández fue detenido, momento en el que tuvo conocimiento de que se instruía la causa por el referido tipo penal; por lo demás, no se discute que el plazo de prescripción del delito de alzamiento de bienes era de cinco años, de forma que dicho plazo se cumplió el 10 de septiembre de 1999; en definitiva, aunque la querrela se interpuso con anterioridad al vencimiento del plazo de prescripción, su ratificación es posterior a esta fecha, sin que durante ese período se produjeran otras actuaciones judiciales en el seno del procedimiento judicial, de cuya existencia el recurrente no tuvo conocimiento hasta su detención en octubre de 2003; la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Alicante, dictada el 18 de enero de 2007, comienza afirmando que no va a aplicar la STC 63/2005, sino la doctrina sobre prescripción del Tribunal Supremo (sin cita de resolución alguna) porque entiende que el caso resuelto por la STC y el enjuiciado no presentan similitudes (FJ 2); el TC, sin embargo, entiende que sí existen tales similitudes: ciertamente, en ambos casos se consideró que la mera presentación de la querrela —y no el acto judicial de su admisión a trámite— constituye un hecho de interrupción de la prescripción. La Sentencia de la Audiencia Provincial sella por completo los fundamentos de la de instancia; en este sentido sostiene que para interrumpir el plazo de prescripción basta la presentación de denuncia o querrela, aduciendo al efecto razones de seguridad jurídica o las consecuencias del azar del reparto de asuntos; la Sentencia de la Audiencia Provincial omite toda consideración o referencia a la doctrina del TC. Finalmente, el Auto de 25 de marzo de 2008, que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones formulado contra la anterior Sentencia, refiere que se ha aplicado *el criterio de interrupción de la prescripción que mantiene la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en lugar de la doctrina del Tribunal Constitucional que invoca la parte. Se trata —añade— de una cuestión que fue razonada y resuelta en las Sentencias dictadas en primera instancia y en esta alzada, por lo que nos remitimos a los razonamientos que fueron expuestos en su momento.* En definitiva, apreciará el TC que los órganos judiciales se han apartado conscientemente de una doctrina reiterada y necesariamente conocida del TC. Recordará éste *que 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 TS 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 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (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’ (STC 195/2009, FJ 4); en esta línea, señalará el Ministerio Fiscal, que los órganos judiciales no han cumplido con el requisito de la motivación reforzada, que debería haber llevado a la Audiencia Provincial a sopesar adecuadamente la STC 63/2005 (así como la 29/2008, ya publicada cuando resolvió el incidente de nulidad de actuaciones) que fue invocada por la defensa, sin que resulte suficiente una declaración asertiva de que el caso enjuiciado era diferente o la mera afirmación de que se aplica la jurisprudencia del TS en base a criterios no debidamente explicados en el discurso judicial; dicha motivación reforzada resultaba tanto más importante en el presente asunto, en el que concurren derechos fundamentales referidos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la legalidad (art. 25 CE), que impone una interpretación restrictiva de las normas sancionadoras, y a la libertad (art. 17 CE), ya que la no apreciación de la prescripción ha conducido a la imposición de una pena privativa de libertad. Considera el Tc que la apreciación de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) excusa del examen de las restantes lesiones invocadas, ya que la aplicación de la doctrina del TC sobre la prescripción lleva a la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas y a la consiguiente apreciación de la causa extintiva de la responsabilidad penal. Se otorga el amparo solicitado, declarando que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

VP (Rodríguez Arribas): Se discrepa de la STC por remisión a los argumentos ya expresado en SSTC anteriores reproduciéndose los dos últimos párrafos de su anterior VP en el que puede leerse lo siguiente: *La insistencia en mantener mi criterio sobre la interpretación del instituto de la prescripción, partiendo de la base de que es materia reservada, con carácter general, a la jurisdicción ordinaria, especialmente a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y solo caso por caso a este Tribunal, aplicando nuestro canon sobre la tutela judicial efectiva, aunque sea con la exigencia de motivación reforzada, obedece a la esperanza de que alguna vez podamos modificar la doctrina que últimamente se viene sentando. Ahora bien, ello no es obstáculo para reconocer que esa doctrina ha de ser respetada y aplicada por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en acatamiento a lo dispuesto en el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que sea admisible, como sucede en el caso a que este recurso de amparo se refiere, que se prescindiera de ella o se la discuta para no obedecerla.*

III. PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS

1. Sentencia 74/2010, de 8 de octubre (BOE de 18 de noviembre). Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez (Conflicto de competencia).

Preceptos constitucionales: 9.3
otros:

Objeto: Apartado segundo de 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 por la DF segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación sanitaria y para el sector del transporte por carretera

Materias: Principio de retroactividad: grados; principio de seguridad jurídica.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la citada DF por posible vulneración del art. 9.3 de la Constitución Española. La cuestión planteada debe reputarse resuelta por la 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, y que más tarde ha sido reiterada por la STC 146/2009, en la que se declaró inconstitucional y nulo el apartado primero de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, redactado por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, así como por la STC 161/2009, que declaró inconstitucional y nulo el apartado segundo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, redactado por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000. En su STC 116/2009, el TC consideró vulnerado el art. 9.3 CE, toda vez que, el apartado primero de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, establecía la regulación de unas tarifas que tenían 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. Las razones que determinaron la inconstitucionalidad y nulidad de la redacción inicial de aquél apartado primero, fueron consideradas más tarde en la STC 161/2009, FJ 3, igualmente predicables del apartado segundo de esa misma disposición adicional trigésimo cuarta, una vez modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre. En aplicación de esta doctrina el TC considera que no cabe sino reiterar lo mismo respecto de la redacción que la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio ha dado al apartado segundo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, ya que nuevamente se trata 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. EL TC no considera la petición del Abogado del Estado de restringir la declaración de inconstitucional a sólo parte de las disposiciones ya que la exigencia de realizar liquidaciones con efectos retroactivos, que aparece regulada en el primer párrafo del apartado segundo, afecta a la totalidad de las tarifas contenidas en las letras del precepto, estando, por consiguiente, todas ellas y por los mismos motivos, viciadas de inconstitucionalidad; así fue ya entendido también en las SSTC 116/2009, 146/2009 y 161/2009, sin que el TC encuentre razón alguna para adoptar ahora un criterio diferente; en consecuencia se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la totalidad de la norma cuestionada.

VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

A. Comunidades Autónomas.

B.2. Competencias.

1. Sentencia 46/2010, de 8 de septiembre (BOE de 11 de octubre). Ponente: Jiménez Sánchez (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 147.3; 149.1.28
otros:

Objeto: DA decimotercera de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC)

Materias: Estatutos: el régimen jurídico de su reforma y su contenido; reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de archivos de titularidad estatal

El tenor de la DA impugnada es el siguiente: *Los fondos propios de Cataluña situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona se integran en el sistema de archivos de Cataluña. Para la gestión eficaz del resto de fondos comunes con otros territorios de la Corona de Aragón, la Generalitat debe colaborar con el Patronato del Archivo de la Corona de Aragón, con las demás Comunidades Autónomas que tienen fondos compartidos en el mismo y con el Estado a través de los mecanismos que se establezcan de mutuo acuerdo.* Dos son los motivos por los que la Comunidad Autónoma recurrente considera inconstitucional el precepto impugnado; de una parte considera que la integración en el sistema de archivos de Cataluña de los llamados fondos propios de esta Comunidad situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona, de titularidad estatal, lleva aparejada la afirmación de la competencia exclusiva de Cataluña sobre tales fondos [art. 127.1 c)] y, en consecuencia, la exclusión de la competencia que en la gestión del Archivo de la Corona de Aragón se prevé en la disposición adicional primera del Estatuto de Aragón; de este modo se habría modificado el Estatuto de Autonomía de Aragón al margen del procedimiento estatutariamente previsto y, consecuentemente, se habría vulnerado el art. 147.3 CE, según el cual *la reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación de las Cortes Generales, mediante ley orgánica.* El segundo motivo de la impugnación es que se considera asimismo vulnerado el art. 149.1.28 CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas, pues aquella disposición adicional atribuye a la Comunidad Autónoma de Cataluña competencias normativas (incluidas en las competencias exclusivas) sobre una parte indeterminada de un archivo de titularidad estatal; ello es consecuencia del juego de los arts. 127.1 c), primero, y 110.1 del propio Estatuto, al establecer el primero de estos preceptos que la competencia exclusiva en materia de cultura comprende, en todo caso, el establecimiento del régimen jurídico de los centros que integren el sistema de archivos, y el segundo que la competencia exclusiva sobre el sistema de archivos de Cataluña incluye de forma íntegra la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, correspondiendo únicamente a la Generalitat el ejercicio de estas potestades y funciones. El Abogado del Estado y la Generalitat de Cataluña y el Parlamento de Cataluña rechazan la inconstitucionalidad de la disposición impugnada. Será criterio del TC que ambos motivos de impugnación están íntimamente relacionados, de modo así para sostener que el Estatuto de Autonomía de Aragón ha sido modificado al

margen del procedimiento estatutariamente previsto y, consecuentemente, con infracción del art. 147.3 CE, sería preciso afirmar como presupuesto que la participación de la Comunidad Autónoma de Aragón en la gestión del Archivo de la Corona de Aragón, prevista en la disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía de Aragón se habría visto perjudicada por la atribución a la Comunidad Autónoma de Cataluña de competencia exclusiva sobre los fondos propios de Cataluña en el Archivo de la Corona de Aragón; en consecuencia si se llega a la conclusión de que la disposición impugnada no incide en la competencia exclusiva del Estado respecto del Archivo de la Corona de Aragón (art. 149.1.28 CE), ninguna consecuencia cabría predicar de dicha disposición sobre la disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto; sobre esta premisa, considera el TC que ha de analizarse primeramente la denuncia de inconstitucionalidad por vulneración de la competencia estatal sobre archivos de titularidad estatal contemplada en el art. 149.1.28 CE; esta cuestión ha sido ya abordada en nuestra reciente STC 31/2010, que resolvió la impugnación de un considerable número de preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, entre los que se encontraba la disposición adicional ahora impugnada y por idéntico motivo. La STC 31/2010, concluyó que la disposición adicional decimotercera EAC no vulnera el art. 149.1.28 CE, destacando que *la integración en el sistema de archivos de Cataluña de sus fondos situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona no supone alteración del régimen unitario de éstos, ni conlleva afectación alguna de la competencia estatal, como expresamente reconoce la representación procesal del Parlamento de Cataluña, de manera que la prescripción estatutaria, que no puede significar la desaparición de la titularidad y libre disposición estatal de esos fondos, se limita a introducir una calificación que sólo puede añadir una sobreprotección a dichos fondos* (FJ 74); la desestimación del anterior motivo de inconstitucionalidad hace decaer, como ya se anticipó, el otro motivo de impugnación. Será criterio del TC que si la competencia estatal sobre el Archivo de la Corona de Aragón no resulta desconocida ni invadida por la disposición adicional impugnada, en nada se habría visto afectada la disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía de Aragón, la cual contemplaba que una norma estatal regulase la participación de esa Comunidad Autónoma en la gestión del Archivo de la Corona de Aragón, razón por la cual el recurso de inconstitucionalidad ha de ser desestimado en su totalidad.

VP (Rodríguez-Zapata Pérez): Se considera exiguamente motivada la Sentencia de la que se disiente, minimizándose la la respuesta a los dos motivos de inconstitucionalidad planteados en el recurso, lo que puede ofrecer la apariencia, quizá infundada, de un ejercicio de contención jurisdiccional;

será criterio del disidente que el FJ 74 de la STC 31/2010, no contiene una motivación suficiente (ex art. 120.3 CE) para resolver la impugnación de la disposición adicional decimotercera EAC; se aprecia, asimismo que la Sentencia no remite, además, al FJ 73 de la STC 31/2010 para integrar su escueta motivación, aunque el art. 127 EAC (competencias de Cataluña en materia de Cultura) es esencial para enjuiciar la disposición adicional decimotercera EAC y determinar sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Se ponderará la relevancia del Archivo de la Corona de Aragón y se recordará lo que ya se dijo en la STC 109/1996: *el Estado tiene reconocida una amplia capacidad para determinar cuáles son museos y en general los bienes y establecimientos culturales que requieren una actuación unificada* y por ello está justificado que se reserve la gestión directa de ese Archivo o no abdique al menos de participar en ella. Es criterio del disidente que la extensión de la competencia exclusiva del Estado en materia de archivos de titularidad estatal no ofrece dudas en la CE: El Estado tiene competencia exclusiva sobre los: *archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas* (art. 149.1.28 CE), en consecuencia toda la materia constitucional *archivos de titularidad estatal* y todas las funciones referentes a ella –toda la legislación y la ejecución– corresponden al Estado; al tiempo se recuerda que el citado artículo 149.1.28 CE tampoco plantea dudas cuando admite, dentro de dicha competencia estatal exclusiva, la *gestión* por parte de las Comunidades Autónomas de esos archivos de titularidad estatal; se recordará lo que ya se dijo al respecto del citado precepto en el FJ 19 de la STC 17/1991: *la reserva constitucional del art. 149.1.28, en su párrafo final, establece la posibilidad de transferir la gestión de los establecimientos citados a las Comunidades Autónomas, y una vez hecho... son sólo las facultades de gestión lo transferido y no las reglamentarias*”; es criterio del disidente de que basta leer los alegatos de las partes en aquel proceso y la respuesta de la STC 17/1991, en el FJ 19 citado, para advertir que la interpretación transcrita versó en forma directa e inmediata sobre el art. 149.1.28 CE, por lo que es válida con independencia de cualquier desarrollo en normas inferiores, ya sean éstas estatutarias o legales; se considera, en consecuencia que carece así de consistencia el alegato del Parlamento de Cataluña que se recoge en el antecedente 66 d) de la STC 31/2010: la doctrina de la STC 17/1991 nos vincula (regla del *stare decisis*) mientras no exista en nuestra jurisprudencia una advertencia razonada que, siquiera en forma mínima, advierta que rectificamos, y con qué alcance, ese precedente firme y estable. Se considera por el disidente que el primer motivo que examina la Sentencia debió prosperar, ya que en su opinión, la disposición adicional decimotercera EAC es inconstitucional por incurrir en un vicio de incompetencia constitucional que vulnera el art. 149.1.28 CE. Se recuerda los FFJJ 17 y 18 del VP del suscribiente a la STC

31/2010. Se considera por el disidente que la innovación legal del régimen del archivo estatal que nos ocupa se produce cuando se diferencia entre el Archivo de la Corona de Aragón y el Archivo Real de Barcelona, como si fueran dos archivos distintos; se recordará lo dicho en la STC 103/1988 que estableció que las referencias de una ley autonómica a archivos de titularidad estatal son *regulaciones reservadas a la competencia legislativa del Estado* que rebasan los límites competenciales del artículo 149.1.28 CE (FJ 4); con mayor motivo rebasa dicha competencia una regulación de esa importancia contenida en un Estatuto de Autonomía, ya que condicionará para el futuro las leyes del Estado, por eso la Sentencia de la que se discrepa y el FJ 74 de la STC 31/2010, a la que se remite, silencia el alcance de esa diferenciación de archivos. Es criterio del disidente que al integrar los llamados *fondos propios de Cataluña* en el sistema de archivos de Cataluña se atraen los mismos a una competencia exclusiva de la Generalitat en materia de archivos que contempla el art. 127.1 c) EAC, y aunque es obvio que esa exclusividad del art. 127.1 EAC es paladinamente inconstitucional a la luz del art. 149.2 CE y de la JTC (por todas, SSTC 49/1984, FJ 6 o 13/1992, FJ 13), resulta que el FJ 73, segundo párrafo, de la STC 31/2010 ha desestimado la impugnación, aunque parezca compartir lo que aquí se dice (aplicando la técnica de “Sentencia oculta” explicada en el FJ 7 del VP del que éste suscribe a la STC 31/2010); la asunción unilateral de esos fondos implica que dejarán de ser de titularidad estatal y abandonarán, por tanto, el Archivo General de la Corona de Aragón. Será, por ello, conclusión del disidente que el EAC ha ejercido competencias normativas y de ejecución sobre un archivo de titularidad estatal que la CE no contempla, en clara contravención del art. 149.1.28 CE. Se discrepará consiguientemente no del método empleado en la Sentencia sino de que a raíz de su conclusión, también lógicamente, se de discrepar de no haber entrado en el análisis del segundo de los argumentos: Si la disposición adicional decimotercera EAC ha invadido en 2006 la competencia estatal del art. 149.1.28 CE, como se acaba de razonar, es evidente que también ha sido afectada la disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía de Aragón que “contemplaba que una norma estatal regulase la participación de esa Comunidad Autónoma en la gestión del Archivo de la Corona de Aragón”. En el FJ 6 STC 99/1986, de 15 de marzo, se dijo que: *La reserva estatutaria establecida en el art. 147.2 CE supone no sólo la concreción en los correspondientes Estatutos de los contenidos previstos en el mencionado precepto, sino también el aseguramiento de que los contenidos normativos que afectan a una cierta Comunidad Autónoma no queden fijados en el Estatuto de otra Comunidad, pues ello entrañaría la mediatización de la directa infraordenación de los Estatutos a la Constitución, siendo así que, como hemos señalado anteriormente, ésta constituye el único límite que pesa sobre cada uno de ellos.*

La predeterminación del contenido de unos Estatutos por otros en virtud, meramente, de la contingencia de su momento de aprobación, ampliaría los límites en que han de enmarcarse los contenidos estatutarios —que, de acuerdo con el art. 147 CE, son sólo los establecidos constitucionalmente—, lo que, de modo indirecto pero inequívoco, redundaría en la restricción de la autonomía de una de las Comunidades, que vería limitado el ámbito de aplicación de sus actos y disposiciones y el modo de decisión de sus órganos no ya por una fuente heterónoma —también el propio Estatuto lo es—, sino por una fuente cuyos contenidos normativos fueron adoptados sin su participación y respecto de los cuales tampoco tendría la ocasión de expresar su voluntad en una hipotética modificación futura. La Sentencia de la mayoría no trata esta cuestión, aunque sea de importancia en este caso. En el proceso evolutivo constante en el que se encuentran todos los sistemas federo-regionales, esa reforma plantea, una vez más, el fenómeno de suplencia (supplenza) de la inactividad del Estado en la salvaguardia de sus competencias cuando aprueba reformas sucesivas de Estatutos de Autonomía. Así ocurrió también en el caso del derecho al agua de calidad enjuiciado en la STC 247/2007, (con referencia al VP del suscriptor de éste, FJ 10 STC 247/2007): la abdicación por el Estado de las competencias que le atribuye el art. 149.1.28 CE llevará a las Comunidades Autónomas a ocupar también, como la de Aragón, en las reformas posteriores de sus Estatutos esas mismas competencias estatales como mecanismo lógico para defender las suyas frente a los vecinos. Se resentirá el sistema de fuentes del Derecho: Cuando el Estado atienda las invitaciones que admitió en uno de esos Estatutos vulnerará las que se hayan hecho en los demás.

2. *La Sentencia 47/2010, de 8 de septiembre (BOE de 11 de octubre). Ponente: Salas Sánchez ha resuelto un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, empleando idénticos argumentos que los que acabamos de resumir. Asimismo se reproduce el VP de Rodríguez-Zapata Pérez en idénticos términos que los empleados en relación con la STC 46/2010 que acabamos de sintetizar.*

3. Sentencia 48/2009, de 9 de septiembre (BOE de 11 de octubre). Ponente: Pérez Tremps (Conflicto de competencia).

Preceptos constitucionales: 147.3; 149.1.22; 149.1.28; 152 y 153
otros:

Objeto: Art. 117.4 —relativo al trasvase de cuencas—, disposición adicional decimotercera —relativa al Archivo de la Corona de Aragón— y arts. 201.3, en relación con el art. 210; 202.2; 203.1, 3, 4 y 6; 204.1 y 4; 205; 206.3 y 5; 218.1, 2,

3 y 5; 219.2; 220; 221; disposición adicional tercera y disposición adicional séptima –relativos al régimen de financiación autonómica–, todos ellos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC).

Materias: Estatutos de Autonomía: régimen jurídico y criterios de su establecimiento y competencia. Competencia exclusiva del Estado en relación con la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental; archivos de titularidad estatal: su gestión por parte de las Comunidades Autónomas. Ordenación legislación y concesión de aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma. Sistema financiero de las Comunidades Autónomas: principios.

Comenzará el TC planteándose la objeción de la Generalidad y del Parlamento de Cataluña a la admisibilidad de este recurso en relación con la impugnación de determinados artículos relativos al régimen de financiación, cuya mención expresa no aparecía en el Acuerdo del Consell de la Generalitat de la Comunitat Valenciana de 8 de septiembre de 2006 sobre la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad; apreciará el TC que en el mencionado acuerdo por lo que se refiere a la regulación del sistema de financiación autonómica definitivamente impugnado en este recurso, sólo aparecen expresamente mencionados los siguientes preceptos: el art. 206, en tanto que establece un condicionamiento a los mecanismos de nivelación y solidaridad; la disposición adicional tercera, por establecer un compromiso presupuestario de inversión en infraestructuras exclusivo para Cataluña; el art. 204, al establecer diversas atribuciones de competencias en materia de tributos estatales cedidos; y el art. 210, por crear un régimen de codecisión a través de una Comisión Mixta entre el Estado y la Generalitat catalana. Recordará el TC su reiterada doctrina que en la determinación de la acción procesal en el recurso de inconstitucionalidad debe atenderse exclusivamente a la manifestación de voluntad expresada por los legitimados en caso de cualquier tipo de desavenencia (por todos, ATC 379/2005); igualmente destaca que el órgano legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad no puede apoderar a su representante para que de manera indeterminada efectúe una impugnación, por ser necesario que los preceptos recurridos queden perfectamente identificados en la decisión de apoderamiento (STC 61/1997, FJ 4). Tendrá en cuenta el TC que el art. 162.1 a) CE y el art. 32.2 LOTC otorga legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad a los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y que, en el presente caso, era inequívoca la voluntad del Consell de la Generalitat Valenciana de limitar este recurso, en lo que a ma-

teria de financiación se refiere, a los aspectos ya expuestos, se da, por tanto, la razón a la Generalitat y el Parlamento de Cataluña y se inadmite el presente recurso en lo relativo a la impugnación de los arts. 201.3; 202.2; 203.1, 3, 4 y 6; 205; 218.1, 2, 3 y 5; 219.2; 220; 221 y disposición adicional séptima EAC. Delimitará así el TC el objeto del presente recurso que quedará limitado, en cuanto al régimen de financiación, a los arts. 204.1 y 4, 206.3 y 5, 210 y disposición adicional tercera EAC; aún en el proceso de delimitación del objeto del recurso, el TC considera que asimismo ha de partir de la doctrina sustentada en la 31/2010, en la que se ha declarado inconstitucional y nulo el inciso *siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar* del apartado 3 del art. 206 (apartado 2 del fallo). En la impugnación del art. 117.4 EAC —relativo al trasvase de cuencas— se ha alegado la vulneración de los siguientes preceptos constitucionales: a) la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma (art. 147.2 CE, en relación con el art. 149.1.22 CE); b) los principios de coordinación y participación de las Comunidades Autónomas, en régimen de igualdad, asociados a los principios de lealtad institucional, buena fe y solidaridad interterritorial (arts. 2, 14 y 138 CE), por resultar discriminatoria la introducción excluyente de la participación, preceptiva y exclusiva, de la Generalitat de Cataluña, menoscabando las competencias de las Confederaciones Hidrográficas y del Consejo Nacional del Agua, que es el cauce de participación de las Comunidades Autónomas respecto de cualquier propuesta de trasvase intercomunitario que pueda afectar a otras Comunidades; c) los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), ya que puede impedir el ejercicio de las competencias estatales en el caso en que, simplemente, no se emitiera el informe preceptivo; y d) la reserva de ley ordinaria, ya que cualquier medida normativa que afecte a cuencas fluviales intercomunitarias debe ser regulada por el Estado a través de ley ordinaria, al no existir reserva de ley orgánica sobre la materia (art. 81.1 CE). La STC 31/2010, concluyó que el art. 171.4 EAC no vulnera el art. 149.1.22 CE, al destacar que *establece un razonable mecanismo de colaboración entre la Comunidad Autónoma y el Estado en una materia en la que es evidente que resultan afectadas e implicadas las competencias y los intereses de una y otro, sin que en modo alguno se desplace o enerve, lo que sería constitucionalmente inaceptable, la competencia estatal ex art. 149.1.22 CE cuando se trate de trasvases entre cuencas intercomunitarias (STC 247/2007, FJ 22), pues el informe que ha de emitir la Generalitat, como expresamente reconocen los recurrentes, es un informe, aunque preceptivo, no vinculante, que se compadece con el principio de cooperación que ha de presidir las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma (FJ 65); a partir de esta conclusión, considerará*

el TC que si la competencia estatal en materia de recursos hidráulicos supracomunitarios no resulta desconocida ni invadida por el precepto impugnado, no cabe concluir tampoco que se produzca una vulneración, ni de los principios de coordinación y participación de las CCAA en régimen de igualdad, y por tanto no hay menoscabo de las competencias de las Confederaciones Hidrográficas y del Consejo Nacional del Agua, ni de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ya que, al tratarse de un informe no vinculante, no se impide ni obstaculiza el ejercicio de las competencias estatales, ni, por último, de la reserva de ley ordinaria, ya que se trata de una mera previsión que responde al principio de cooperación de las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma, con un natural encaje en un Estatuto de Autonomía. En atención a este argumentario, el TC considera que este primer motivo de impugnación debe ser rechazado en su integridad. Por lo que se refiere a la DA 13^a –relativa al Archivo de la Corona de Aragón– ha sido impugnada alegando la vulneración, en primer lugar, de la competencia exclusiva del Estado en materia de archivos de titularidad estatal (art. 149.1.28 CE) y, en segundo lugar, de la competencia asumida por la Comunitat Valenciana en la materia [(art. 147.2 d) CE, en relación con el art. 51.2 y la disposición adicional tercera del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana], al excluirse cualquier posibilidad de que respecto de la parte del Archivo que quedara integrada en el sistema de archivos de Cataluña, la Comunitat Valenciana pueda ejercer la competencia prevista en su propio Estatuto de la creación de un Patronato de este Archivo a integrarse por todas las Comunidades Autónomas interesadas en él. Recordará el TC que la STC 31/2010, concluyó que esta DA 13^a EAC no vulnera el art. 149.1.28 CE, destacando que *la integración en el sistema de archivos de Cataluña de sus fondos situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona no supone alteración del régimen unitario de éstos, ni conlleva afectación alguna de la competencia estatal, como expresamente reconoce la representación procesal del Parlamento de Cataluña, de manera que la prescripción estatutaria, que no puede significar la desaparición de la titularidad y libre disposición estatal de esos fondos, se limita a introducir una calificación que sólo puede añadir una sobreprotección a dichos fondos* (FJ 74); sobre esta conclusión anterior, se afirmará por el TC que puesto que se confirma que el precepto impugnado no supone una alteración del régimen unitario del Archivo de la Corona de Aragón y de que no queda afectada la competencia estatal exclusiva sobre el mismo, también hay que descartar que se pueda ver afectada por el precepto impugnado la previsión establecida en el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana sobre la creación de un Patronato de este Archivo en que se integren las Comunidades Autónomas interesadas en él (DA 3^a EACV); este motivo de inconstitucionalidad se re-

chazará íntegramente. Afrontará ahora el TC el debate sobre el régimen de financiación autonómica respecto del que son diversos los preceptos recurridos. El art. 204.1 y 4 EAC ha sido impugnado señalando que vacía de contenido una competencia estatal exclusiva, pudiendo originar desigualdades, ya que atribuye el ejercicio exclusivo de las competencias de los procedimientos de aplicación de los tributos estatales totalmente cedidos a la Agencia Tributaria de Cataluña, a la que se reconoce plena capacidad y atribuciones para la organización y el ejercicio de sus funciones; la STC 31/2010, ya concluyó que ningún problema de constitucionalidad suscitan las potestades autonómicas de gestión tributaria enunciadas en el art. 204.1 EAC ni la regulación de la Agencia Tributaria de Cataluña establecida en el art. 204.4 EAC (FJ 132); sobre esa base argumental, al considerar el TC que los argumentos para sostener su inconstitucionalidad son los mismos que los que ya fueron objeto de análisis y rechazo en la citada STC 31/2010, se remitirá a lo expuesto en su FJ 132 para su declarar la desestimación. Por lo que se refiere al art. 206.3 EAC ha sido impugnado con el argumento de que vulnera el orden constitucional de distribución de competencias y los principios de solidaridad y redistribución de la riqueza consagrados en los arts. 2, 138, 139 y 158.1 CE al incluir el condicionamiento de la aportación de la Generalitat a la nivelación y solidaridad con las demás Comunidades Autónomas a que éstas *lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar* al que ella misma realice. De nuevo acudirá el TC a la STC 31/2010, en la que se declaró inconstitucional el inciso, esta decisión del TC ya había señalado esa inconstitucionalidad y nulidad del debatido inciso *siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar* del apartado 3 del art. 206 (apartado 2 del fallo); por tanto, en la medida en que la impugnación del art. 206.3 EAC recae sobre un inciso que ya ha sido declarado nulo, considera el TC que ha perdido objeto este concreto motivo de recurso. El art. 206.5 ha sido impugnado con el argumento de que vulnera el orden constitucional de distribución de competencias y los principios de solidaridad y redistribución de la riqueza consagrados en los arts. 2, 138, 139 y 158.1 CE al incluir el condicionamiento de la aportación de la Generalitat a que no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas *per cápita* entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación; se argumentará por los recurrentes que este precepto (art. 210 EAC) subvierte el orden constitucional de competencias, ya que permite establecer unilateralmente un sistema de financiación para Cataluña diferente del vigente para el resto de Comunidades Autónomas, atribuyéndose la competencia para desarrollar la financiación autonómica a una Comisión Mixta Estado-*Generalitat*, de una inequívoca naturaleza administrativa. Finalmente, la DA 3ª EAC ha sido impugnada al considerar que resulta contraria al

principio de solidaridad, porque establece el compromiso de la inversión del Estado en Cataluña en proporción a su participación al producto interior bruto español. De nuevo partirá el Tc de su STC 31/2010; en ella se declaró que no eran inconstitucionales el apartado 5 del art. 206, los apartados 1 y 2, letras a), b) y d) del art. 210 y el apartado 1 de la disposición adicional tercera EAC siempre que se interpretaran en los términos establecidos en sus FFJJ 134, 135 y 138, respectivamente; concluirá el Tc que toda vez que los argumentos para sostener su inconstitucionalidad son los mismos que los que ya fueron objeto de análisis y rechazo en la citada STC 31/2010, se remitirá a su Fallo en la citada STC 31/20101 y a lo expuesto en el FJ 134, respecto del art. 206.5, en el FJ 135, respecto del art. 210.1 y 2.a), b) y d), y en el FJ 138, respecto del apartado primero de la disposición adicional tercera. El TC decide inadmitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en lo que se refiere a los arts. 201.3; 202.2; 203.1, 3, 4 y 6; 205; 218.1, 2, 3 y 5; 219.2; 220; 221 y DA 7ª; declarar la pérdida de objeto de la impugnación del art. 206.3 EAC, así como que no son inconstitucionales el apartado 5 del art. 206, los apartados 1 y 2, letras a), b) y d) del art. 210 y el apartado 1 de la disposición adicional tercera, en los términos del FJ 6; desestimar en todo lo demás el recurso de inconstitucionalidad núm. 9501-2006.

VP (Conde Martín de Hijas): Se comparte el FJ 1 de la Sentencia de la que se disiente en lo que se refiere a la delimitación del objeto del recurso pero se discrepa en los restantes y en el fallo. Teniendo en cuenta que esta Sentencia en gran medida se funda en las argumentaciones y fundamentos de la STC 31/2011 se remitirá el disidente al extenso VP allí expresado y en concreto, en cuanto a la argumentación y fallo de esta Sentencia relativo a los arts. 117.4, 204.1 y 4, 206.5 y 210 y DT 3ª que en mi criterio deberían haberse declarado inconstitucionales.

(Delgado Barrio): Se parte de la consideración de la reiteración que esta Sentencia de la que se disiente, significa respecto a la STC 31/2011 por lo que, se mantiene la discrepancia ya expresada resto a ésta, remitiéndose al Voto particular que se formuló en su momento.

(Rodríguez-Zapata Pérez): Se comparte la declaración de inadmisibilidad del recurso que se contiene en el primer pronunciamiento del fallo y la declaración de pérdida de objeto de la impugnación en cuanto al inciso del artículo 206.3 EAC declarado nulo en la STC 31/2010; se discrepa del pronunciamiento desestimatorio al tiempo que se considera que los tres motivos de inconstitucionalidad debieron estimarse en el siguiente sentido: a)

En lo que se refiere a la DA 13ª EAC, sobre el Archivo de la Corona de Aragón, se remite íntegramente a lo que ya ha expuesto en los VVPP formulados en las SSTC 46 Y 47 (*vid. supra*) interpuestos por las Comunidades Autónomas de Aragón e Illes Balears contra la misma disposición. En lo que se refiere al art 117.4 EAC y a las disposiciones del EAC impugnadas en materia de régimen de financiación, la posición del disidente coincide plenamente con la expresada por Conde Martín de Hijas y Delgado Barrio, remitiéndose a sendos VVPP a la STC 31/2010

(Rodríguez Arribas): El disidente asimismo se remite al VP que suscribió en relación con la STC 31/2010.

4. Sentencia 49/2010, de 29 de septiembre (BOE de 29 de octubre). Ponente: Salas Sánchez (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 147.3; 149.1.22; 149.1.28
otros:

Objeto: Apartados 1 c), 2, 3 a) y c), 4 y 5 del art. 117 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC)

Materias: Estatutos de Autonomía: régimen jurídico y criterios de su establecimiento y competencia. Ordenación legislación y concesión de aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma.

El art. 117.1 c) EAC atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en materia de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias para adoptar medidas extraordinarias en caso de necesidad para garantizar el suministro de agua; el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma recurrente cuestiona la atribución como exclusiva de la citada competencia autonómica por considerar que, aunque se trate de cuencas intracomunitarias, esa calificación pugna con las competencias reservadas constitucionalmente al Estado ex art. 149.1.22 CE y desconoce la autonomía local que garantizan los arts. 137 y 140 CE al ignorar también las competencias de las entidades locales para adoptar medidas adicionales con igual fin; en cuanto a la denunciada vulneración de las competencias exclusivas del Estado la STC 31/2010, ya desestimó la impugnación de este mismo precepto por idéntico motivo, por lo que el TC se remite a lo dicho entonces en el fundamento jurídico 65 para su desestimación; respecto de

la vulneración de la autonomía local que se denuncia (por ignorar, según el citado Consejo de Gobierno recurrente, la competencia de las entidades locales para adoptar medidas adicionales en caso de sequía con la finalidad de garantizar el suministro de agua) advertirá el TC que se trata de una impugnación meramente preventiva e injustificada, pues nada permite concluir ni nada razona tampoco el Consejo de Gobierno recurrente que el ejercicio de la competencia autonómica ahora cuestionada suponga una invasión o desconocimiento de las legítimas competencias que eventualmente corresponda ejercer a las entidades locales en la materia cuando resulten directa y claramente afectados sus propios intereses. Por lo que al apartado 2 del art. 117 se refiere, se recuerda por el TC lo que allí se dispone: *en los términos establecidos en la legislación estatal, asume competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general*; la Comunidad recurrente considera que este precepto invade las competencias exclusivas que sobre el dominio público hidráulico estatal y las obras de interés general corresponden al Estado ex arts. 149.1.22 y 24 CE. Recordará el TC que ya la STC 31/2010, con base en la STC 247/2007, FJ 22, concluyó que no era inconstitucional la atribución de las competencias enunciadas en este precepto estatutario; por tanto, toda vez que los argumentos para sostener su inconstitucionalidad son esencialmente los mismos que los que ya fueron objeto de análisis y rechazo en la citada STC 31/2010, se remitirá el TC a lo expuesto en FJ 65 de esa decisión para su desestimación. Los apartados a) y c) del art. 117.3 EAC, atribuyen, respectivamente, a la Generalitat la competencia ejecutiva para, dentro de su ámbito territorial, *la adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal*; a juicio del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma recurrente estos dos preceptos son inconstitucionales porque atribuyen a la Generalitat facultades de alcance extraterritorial y, en tal forma, lesionan las competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1.22 CE; considera el TC que los preceptos estatutarios ahora considerados no vulneran tampoco el orden constitucional de distribución de competencias, conforme ya se dijo en la STC 31/2010, a cuyo FJ 65 ahora se remitirá el TC una vez más; en relación, por su parte, con el art. 117.4 EAC, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma recurrente sostiene que la exigencia de emisión por la Generalitat de un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de recursos hídricos de su ámbito territorial, en la medida en que este informe no se refiere, únicamente, al trasvase de cuencas intracomunitarias, sino que comprende cualquier propuesta de trasvase de cuencas, incluidas las intercomunitarias, impone una intervención de la Generalitat en el ejer-

cicio de una competencia estatal que carece de justificación constitucional y privilegia sin ninguna justificación constitucional a la Comunidad Autónoma de Cataluña en detrimento del resto de Comunidades Autónomas; retornará el TC, de nuevo, a la STC 31/2010, al recordar cómo concluyó que el art. 117.4 EAC no vulnera el orden constitucional de distribución de competencias, por lo que, siendo ahora los argumentos aducidos para sostener su impugnación esencialmente los mismos entonces analizados y rechazados, se remitirá al FJ 65 para desestimar esta cuestión. Finalmente, recuerda el TC que el art. 117.5 EAC dispone que *[U]a Generalitat participa en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasen o finalicen en Cataluña provenientes del territorios de fuera del ámbito estatal español, de acuerdo con los mecanismos que se establecen en el Título V y participará en su ejecución en los términos previstos por la legislación estatal*; el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma recurrente imputa a este apartado la invasión de las competencias exclusivas del Estado en materia de planificación de transferencias entre cuencas (149.1.22) y sobre relaciones internacionales (149.1.3 CE); el TC considera que tampoco este apartado es susceptible del indicado reproche constitucional; basta para desestimar su impugnación remitirse nuevamente a lo declarado a propósito este mismo precepto estatutario en la citada STC 31/2010 (FJ 65); en consecuencia, por las razones expuestas, el presente recurso de inconstitucionalidad ha de ser desestimado.

VOTO PARTICULAR (Martín de Hijas): Se comparte la delimitación del objeto del recurso llevada a cabo por la Sentencia, así como lo discurre en relación con el art. 117.1 en el FJ 2 de la Sentencia de la que se disiente; atendiendo a que esta Sentencia supone una traslación de los argumentos esgrimidos en la STC 31/2001 respecto a la cual se formuló por el disidente VP, se remite al mismo, en concreto en cuanto a la argumentación y fallo de esta Sentencia relativo a los arts. 117.2, 3 a) y c), 4 y 5 EAC, que es criterio del disidente que deberían haberse declarado inconstitucionales.

(Delgado Barrio): Se disiente con los mismos argumentos del anterior disidente.

(Rodríguez-Zapata Pérez): Se disiente en su totalidad de la Sentencia, sobre la base de sus remisiones a lo ya decidido en la STC 31/2010 y la descalificación como *meramente preventiva y, por tanto, injustificada* de una impugnación de interés; será criterio del disidente que la asunción por el art. 117 EAC de competencias en materia de aguas por afectar al art. 45.2 CE

y al principio de solidaridad por el que debe velar el Estado (arts. 2 y 138.1, ambos CE); invadir las competencias exclusivas que corresponden al Estado ex art 149.1 CE [art. 149.1.1 y 8 CE (ambas en conexión con el art. 132 CE), 13, 18, 22, 23 y 24]; desconocer las de la propia Región de Murcia (art. 10, apartados 6, 9, 11 y 16 EARM); y vulnerar, en fin, la autonomía local garantizada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL), son suficientes motivos conducentes a la declaración de inconstitucionalidad de la Sentencia; de otra parte se denunciará lo que se califica de una motivación marcadamente exigua en dos SSTC –46 y 48 de 2010– (*vid. supra*) poniéndose de relieve que en todas las resoluciones que se han dictado hasta ahora para resolver los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por varias Comunidades Autónomas contra el EAC, este Tribunal se ha ceñido, al pie de la letra y por remisión, a lo que dijo la STC 31/2010 sin creer necesario o pertinente añadir siquiera una coma a esa primera Sentencia; se hará remisión al VP suscrito en esa STV 31/2010 donde se ha criticado su compleja forma de razonar y argumentando que su técnica crea una confusión incompatible con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE); remisión a la que se añade ahora que remisiones en blanco –sin resumir o extraer doctrina– a una Sentencia tan compleja ni incrementan la seguridad jurídica ni ayudan a esclarecer las dudas que aquella Sentencia pueda suscitar. Siguen dos largas explicaciones valorativas prácticas acerca de la espiciosa doctrina de la STC 31/2010 en relación con las contradicciones entre fuentes estatales y de las Comunidades Autónomas que en su opinión vulneran claramente el principio de seguridad jurídica; así como una pretendida confusión a que puede llevar el Fallo de la Sentencia, por lo que el disidente califica de una “Sentencia oculta” (FFJJ 7 y 8 VP a la STC 31/2010) que encierra en este caso un pronunciamiento doblemente oculto en el que no se precisan cuáles son en realidad las competencias que constitucionalmente ha asumido la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de aguas.

(Rodríguez Arribas): Atendiendo a que esta Sentencia supone una traslación de los argumentos esgrimidos en la STC 31/2001 respecto a la cual se formuló por el disidente VP, se remite al mismo, en concreto en cuanto a la argumentación y fallo de esta Sentencia relativo que se encuentra en la consideración 9 y especialmente a cuanto se refiere al art. 117.3 del EAC.

**5. Sentencia 65/2010, de 18 de octubre (BOE de 18 de noviembre).
Ponente: Salas Sánchez (Conflicto de competencia).**

Preceptos constitucionales: 149.1.13; 149.1.15; 149.1.23; 161.1.c)
otros: 63 y 68 LOTC

Objeto: Real Decreto 1229/2005, de 13 de octubre, por el que se regulan las subvenciones públicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales.

Materias: Competencia subvencional; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica; protección del medio ambiente; conflicto de competencia: régimen jurídico procesal, requisitos de admisibilidad.

El presente proceso constitucional tiene por objeto resolver el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de Aragón frente a la citada norma (Real Decreto 1229/2005); planteará el TC antes de entrar en el análisis del conflicto planteado la necesidad de dar respuesta a la pretensión principal del Abogado del Estado de inadmitir el presente conflicto positivo de competencia por extemporaneidad; dicha pretensión se basa en la respuesta tardía, por el Gobierno de la Nación, al requerimiento de incompetencia presentado por el Gobierno de Aragón, retraso que no habría evitado que el plazo para acudir ante este Tribunal haya de computarse a partir del momento en que el requerimiento debía entenderse rechazado por falta de respuesta expresa, y no a partir de esta última; considerará el TC que la base fáctica de la pretensión del Abogado del Estado ha quedado acreditada: el Real Decreto impugnado fue publicado oficialmente el 14 de octubre de 2005; el requerimiento de incompetencia por el Gobierno autonómico fue formulado el día 25 del mismo mes y comunicado al Presidente del Gobierno por escrito de 5 de diciembre, que fue registrado en la Delegación del Gobierno en Aragón el 12 de diciembre de 2005; la contestación a dicho requerimiento rechazándolo fue adoptada por el Consejo de Ministros el 20 de enero de 2006 y trasladada al Presidente autonómico por escrito del mismo día, que tuvo salida el 23 de enero y fue registrado en la Secretaría General Técnica de la Presidencia de la Comunidad Autónoma el 24 de enero de 2006; finalmente, el conflicto de competencia fue registrado en este Tribunal el 24 de febrero de 2006. De esta descripción de la secuencia cronológica de los hechos considerará el TC indudable que el Gobierno de la Nación no rechazó de forma expresa el requerimiento planteado por el Gobierno de Aragón en el plazo que prescribe el art. 63.4

LOTC; en su aplicación, si el órgano requerido no estima fundado el requerimiento *deberá igualmente rechazarlo* dentro del plazo de un mes a partir de su recepción. Considerará el TC que habiéndose comunicado el rechazo del requerimiento el 24 de enero de 2006 (debiéndose haberse hecho, como máximo el 12 de enero), la duda que se suscita se circunscribe a los efectos procesales de este hecho; concretamente, a si el incumplimiento del deber de contestar en plazo abre de modo definitivo la posibilidad de plantear el consiguiente conflicto positivo de competencia o si este plazo debe entenderse reabierto en el supuesto que se produzca una contestación tardía; será criterio del TC que la regulación procesal del conflicto de competencia, así como su propia doctrina y práctica debe llevarle a aceptar esta segunda posibilidad tras establecer el deber de contestar expresamente los requerimientos de incompetencia en el plazo de un mes desde su recepción, el art. 63.4 LOTC dispone que al final de este plazo los requerimientos no atendidos *se entenderán en todo caso* rechazados; como ya se señaló en la STC 57/1982, FJ 1, y se reiteró en la STC 165/1986, FJ 1, *el rechazo tácito se instrumenta en la Ley para permitir la sustentación en vía procesal del conflicto, pero no tiene el valor de equivalencia al pronunciamiento inequívoco expreso, que sobre la propia competencia establece con prioridad el mismo párrafo*; transcurrido el plazo para hacerlo ni se extingue, pues, el deber de contestar expresamente el requerimiento, ni mucho menos se cierran las puertas a que dicha contestación se produzca. En este sentido recuerda el TC que el requerimiento previo no constituye *un mero obstáculo o requisito formal cuya finalidad sea la de permitir a la parte demandada preparar anticipadamente su defensa*, sino que *responde a la finalidad primordial de apurar las posibilidades de resolución convencional o negociada de las diferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas* [entre otras, SSTC 98/2001, FJ 2; 175/2003, FJ 2; 32/2006, FJ 2 b); y 270/2006, FJ 2 b)]; esta finalidad principal del requerimiento obliga al TC, no sólo a aceptar la posibilidad de respuestas tardías a sus requerimientos, algo por otro lado frecuente en la práctica y que ha aceptado implícitamente en algún supuesto [así, por ejemplo, en la STC 188/2001, FJ 2 a)], sino también a realizar una interpretación del art. 63.5 LOTC coherente con la misma; como es sabido, dispone este precepto que dentro del mes siguiente a la notificación del rechazo o al término del plazo a que se refiere el párrafo anterior, el órgano requirente ... podrá plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional; desde el punto de vista de su literalidad nada se opone a que el plazo para presentar el conflicto se compute a partir del rechazo expreso del requerimiento, aunque éste sea tardío. El rechazo expreso y el tácito no se contemplan en este precepto como alternativas excluyentes, sino como dos posibilidades que pueden sucederse en el tiempo, de modo que una respuesta tardía no hace más que reabrir el plazo para acudir al TC. Esta interpretación resulta co-

herente, además, con su reiterada doctrina sobre la necesidad de realizar una interpretación no formalista de los requisitos procesales de los procesos constitucionales [por todas, SSTC 32/2006, FJ 2 b); 270/2006, FJ 2 b)]. Pero sobre todo, es coherente con la naturaleza y función del requerimiento previo señaladas anteriormente. Será opinión del TC que la STC 300/1993, no puede considerarse que haya modificado el criterio de la STC 57/1982 de considerar que una respuesta tardía al requerimiento reabre el plazo para recurrir. Por un lado, porque en el caso que dio lugar a dicha Sentencia no se produjo una respuesta tardía al requerimiento, sino un retraso en la presentación del conflicto; por otro lado, porque en su FJ 3 la propia Sentencia reconoció una vez más, refiriéndose al silencio negativo previsto en el art. 68.3 LOTC, que debe ser entendido con un efecto exclusivamente procesal, es decir, limitado a abrir el acceso ante el TC a la persona física o jurídica interesada, en su propio provecho, sin que quepa ligar a él, necesariamente, el efecto jurídico material de la declinación de competencia; pero, sobre todo, porque dicha Sentencia dio respuesta a un conflicto negativo de competencias, proceso en que el requerimiento tiene una función completamente distinta a la que cumple en el conflicto positivo a pesar de los paralelismos que existen entre los arts. 63 y 68 LOTC. Sostendrá el TC que las diferencias entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa no pueden llevarle a excluir una interpretación del art. 63.4 LOTC como la sostenida anteriormente, toda vez que el hecho de considerar rechazados los requerimientos no atendidos en plazo no pretende fundamentar un acto presunto contra el que recurrir, sino simplemente abrir las puertas para acceder a la jurisdicción constitucional; se rechazará así, la pretensión principal del Abogado del Estado de inadmitir el conflicto positivo de competencias. En relación con la cuestión de fondo, subrayará el TC que el conflicto se dirige contra la totalidad del Real Decreto 1229/2005, aunque el escrito de interposición no se detiene en todos y cada uno de sus preceptos; se considerará que esta circunstancia, que también se produjo en el requerimiento previo, no impide entrar en el fondo de la impugnación, dada la naturaleza de las tachas aducidas; aunque tampoco puede desconocerse, desde la perspectiva del deber de los recurrentes de fundamentar cada una de sus pretensiones. El Gobierno de Aragón sostiene que el Decreto recurrido vulnera las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de espacios naturales, desarrollo económico y protección del medioambiente, así como su autonomía financiera; la regulación de las subvenciones públicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales contenida en el mismo no resultaría respetuosa ni con dichas competencias ni con la doctrina del TC en materia de subvenciones (STC 13/1992) y Par-

ques Nacionales (SSTC 102/1995, 194/2004, 81/2005, 101/2005 y 331/2005); a partir de la citadas SSTC 13/1992, 194/2004, 81/2005, 101/2005, y 331/2005, se deriva, en efecto, un cuerpo doctrinal que permite dar respuesta al presente conflicto sin necesidad de reproducir todos y cada uno de sus elementos; previamente el TC subraya las apreciables diferencias existentes entre el conflicto resuelto en la STC 138/2009, que declaró la competencia autonómica para regular y gestionar unas ayudas a la investigación en materias relacionadas con la Red de Parques Nacionales convocadas para el año 2002 por Orden del Ministerio de Medio Ambiente, y el que ahora enjuiciamos, toda vez que basta repasar sus respectivos objetos para comprobar que tanto el contenido de las normas en cada caso impugnadas como los títulos competenciales en juego son distintos. En aquel caso la norma controvertida atribuía a la Administración del Estado la totalidad de las facultades de convocatoria, tramitación, resolución y pago de las subvenciones entonces consideradas, con fundamento además en la competencia estatal sobre fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15 CE); en el caso ahora enjuiciado, el Real Decreto cuestionado reconoce la competencia autonómica para ejercer esas mismas facultades y se justifica en la competencias estatales sobre ordenación general de la economía (art. 149.1 13 CE) y protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE); la aplicación de la citada doctrina sobre subvenciones y Parques Nacionales al presente conflicto requiere partir del concreto contenido de la norma impugnada; considerará el TC, como se desprende de su propia rúbrica, que el Real Decreto 1229/2005 regula el régimen jurídico de las subvenciones públicas con cargo a los PGE en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales; no tiene por objeto ni la financiación ordinaria de los Parques, ni el fomento de actividades de investigación; su finalidad es *promocionar el desarrollo sostenible de las poblaciones que cuenten en su territorio con los citados espacios naturales protegidos* y, concretamente, que se encuentren en sus áreas de influencia socioeconómica, con este propósito se regulan los posibles beneficiarios de dichas subvenciones, las iniciativas susceptibles de subvención y aspectos tales como la financiación, convocatoria, y tramitación de tales ayudas, así como los criterios de valoración, los deberes de información y las obligaciones de sus beneficiarios; la controversia no afecta al encuadramiento competencial de la norma recurrida, sino al modo en que el Estado ha ejercido sus competencias; considera el TC que el Gobierno recurrente no ha puesto en duda los títulos competenciales mencionados en la exposición de motivos y la disposición final primera del Real Decreto recurrido, esto es, que el mismo halla cobertura en las competencias estatales de *legislación básica sobre protección del medio ambiente* (art. 149.1.23 CE) y de ordenación general de la economía

(art. 149.1.13 CE); así como tampoco se ha cuestionado que dicho Decreto desarrolle el art. 22 quáter de la Ley 4/1989, de protección, conservación, restauración y mejora de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, y que el Estado pueda dictar normas básicas en este ámbito; aunque no siempre de forma clara, lo que se discute es que se hayan cumplido algunos requisitos formales y materiales para que ello sea posible o lo que es lo mismo, que el Estado haya ejercido sus competencias sin vulnerar las de la CAA en materia de espacios naturales protegidos (art. 35.1.15 EAAr), protección del medio ambiente (art. 37.3 EAAr), y desarrollo económico de la Comunidad Autónoma (art. 35.1.24 EAAr), y sin incidir en su autonomía financiera (arts. 45 y 47.13 EAAr). Considerará el TC la oportunidad de traer aquí su doctrina de la STC 138/2009, FJ 3, insistiendo en la necesidad de encuadrar las subvenciones en la distribución de competencias que exista en cada sector material; en el caso concreto de las subvenciones a las zonas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales el TC consideró que los títulos competenciales que se ven afectados son los arts. 149.1.23 y 149.1.13 CE: así, en la STC 102/1995, que tuvo por objeto la Ley 4/1989, aplicó el TC al ámbito medioambiental su doctrina sobre la necesidad de reconducir a la competencia sectorial concreta –en este caso, al art. 149.1.23 CE–, y no a una inexistente competencia subvencional universal, la inclusión en los Presupuestos Generales del Estado de subvenciones dirigidas específicamente a la protección del medio ambiente (FJ 33); en la STC 101/2005 consideró el TC, en cambio, que la concesión de ayudas orientadas a la promoción económica de las áreas de influencia socioeconómica no resultaba encuadrable en la materia medio ambiente, sino en títulos competenciales más específicos, vinculados con la concreta finalidad perseguida en cada caso [FJ 11 f)]. El Real Decreto impugnado es respetuoso con esta doctrina, que se menciona expresamente en su exposición de motivos. En efecto, aunque su disposición final primera se remita indistintamente a los arts. 149.1.13 y 149.1.23 CE, la mera lectura de las iniciativas subvencionables (art. 3) pone de relieve que en unos casos el objetivo principal es la protección del medio ambiente y en otros el fomento del desarrollo económico de las zonas de influencia socioeconómica de los parques nacionales. La promoción del *desarrollo sostenible* de dichas zonas, como se señala en el art. 1, a través de subvenciones a cargo de los PGE encuentra, pues, en los arts. 149.1.23 y 149.1.13 CE una cobertura competencial constitucionalmente adecuada. La pretensión del recurrente se basa en que la disposición que se impugna incurre en una serie de tachas que engloba el TC en dos grupos: formales y materiales. Por lo que respecta a las primeras, el escrito de planteamiento del conflicto denuncia que la disposición impugnada *carece de los requisitos formales necesarios para la aprobación de la normativa*

básica estatal; considerará el TC que el Gobierno recurrente se limita a señalar la citada objeción sin mayores especificaciones; no obstante, es evidente que la misma ha de entenderse referida a que la norma que se impugna no satisface la primera de las exigencias formales de las bases, de acuerdo con la doctrina del TC: es decir la exigencia de que su incorporación se haga en normas con rango de Ley (STC 69/1988, FJ 5); ahora bien, en la misma Sentencia y fundamento jurídico citados, recogiendo de nuevo reiterada doctrina del TC, ya se dijo que *[c]omo excepción a dicho principio de Ley formal, la referida doctrina admite que el Gobierno de la Nación pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases*, condiciones que resulta claro que concurren en un Real Decreto cuyo objeto es la regulación de subvenciones públicas por naturaleza coyunturales; el TC tachará, asimismo de formal la tacha que ocupa un lugar mucho más destacado en el escrito de interposición del conflicto, relativa a la ausencia de un plan director o de desarrollo de la zona, plan que en opinión del Gobierno aragonés vendría impuesto por la doctrina del TC y la legislación estatal; apreciará el TC que ni la legislación básica estatal ni anteriores pronunciamientos del TC exigen que la actividad subvencionadora del Estado ejecute un instrumento planificador previo; la lectura de los arts. 18.2 y 22 quáter de la Ley 4/1989, de protección, conservación, restauración y mejora de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, así lo demuestra; y se confirma nuestra doctrina, que únicamente se ha referido a tales planes directores o de desarrollo en los supuestos en que los mismos estaban previstos en la normas objeto de análisis; la STC 81/2005, relativa a la ley estatal de creación del Parque Nacional de Sierra Nevada, se confirmó la constitucionalidad de su art. 3.3, que prevé la elaboración coordinada de un plan de desarrollo sostenible para la comarca. Para ello consideró el TC que *la competencia coordinadora del Estado, ínsita en toda competencia básica, le permite configurar un plan coordinado siempre que su elaboración y contenido respete el marco que nuestra doctrina fija para los instrumentos o sistemas de coordinación... de un lado y, de otro, siempre que la regulación sustantiva de dicho Plan integre adecuadamente las potestades financieras de ambas Administraciones*; asimismo, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley andaluza del espacio natural de Doñana, consideramos que *tampoco resulta contrario al orden constitucional de competencias... que cada Administración elabore y aplique separadamente los planes y ayudas correspondiente a las áreas de influencia socioeconómica que ellas mismas determinen*” [STC 331/2005, FJ 8 c)]; de ello se desprende que no es constitucionalmente necesario que las subvenciones estén vinculadas a la ejecución de un plan director o de desarrollo de la zona. Concluirá el TC que

ninguna de las tachas formales aducidas por el Gobierno autonómico puede ser acogida. A la misma conclusión cabe llegar en relación con el incumplimiento de la doctrina de este Tribunal relativa a la potestad de fomento del Estado en los supuestos de competencias básicas y en el excesivo detallismo del Decreto impugnado; por lo que respecta a la primera cuestión, el representante del Gobierno autonómico recuerda acertadamente, que ya el TC en su Sentencia 13/1992 declaró que *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*³⁷. Llegará el TC a la conclusión que en este caso se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos por este Tribunal en los supuestos en que el Estado ostente competencias sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia. Por un lado el propio Real Decreto recurrido contempla la territorialización de las subvenciones entre las diversas Comunidades Autónomas (arts. 4 y disposición transitoria única), tal y como exige dicha Sentencia con carácter general. Y por otro la regulación del destino y de las condiciones generales de otorgamiento de las subvenciones deja un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino de las ayudas o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Esta última cuestión es la que el Gobierno aragonés pone en duda aduciendo que el Real Decreto impugnado incurre en un detallismo excesivo. Pero esta denuncia tampoco es atendida en atención a su carácter indeterminado e incompleto. Se desestima el conflicto positivo de competencia núm. 2076–2006, planteado por el Gobierno de Aragón, respecto del Real Decreto 1229/2005, de 13 de octubre, por el que se regulan las subvenciones públicas con cargo a los PGE.

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 (*)

I. ACTO ADMINISTRATIVO

MOTIVACIÓN

La motivación del acto administrativo adquiere especial importancia tratándose de limitaciones a derechos fundamentales, como es el derecho de huelga, en orden a poder contrastar los Tribunales la idoneidad y proporcionalidad de los precisos servicios mínimos.

“La recurrente no logra desvirtuar los razonamientos de la sentencia, limitándose a destacar los principios generales que han de darse según la jurisprudencia al fijar los servicios mínimos esenciales, justificados por las necesidades de atender a los ciudadanos, pero lo que no justifica es porqué esos servicios mínimos esenciales se dan en la amplitud que se dispone. Es evi-

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

dente que el transporte es un servicio esencial, y que el ejercicio del derecho de huelga en este ámbito va a afectar a importantes intereses ciudadanos y económicos, pero no lo es menos que los servicios que se impongan han de ser mínimos, para hacer compatible el derecho de huelga de los trabajadores con el mantenimiento de un mínimo de los servicios esenciales. En consecuencia, ha de justificarse de forma razonable en cada caso la determinación de la cuantía de los servicios mínimos, no bastando con justificar la importancia del servicio y fijar los mínimos en un 66%, pues solo a través de la motivación de que esa es la cuantía adecuada podrán los recurrentes, como sostiene la sentencia recurrida poder articular su defensa. En este sentido baste citar la sentencia de treinta y uno de mayo de 2007 de esta, misma Sala que considera contrario al derecho de huelga en materia de transporte la fijación genérica de un 30% del número de trabajadores. Como sostiene la sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 2008.

“Conviene recordar, a propósito de la motivación de la que venimos hablando, que el Tribunal Constitucional la exige como un requisito esencial para la validez de las resoluciones gubernativas que los señalan y que la entiende como la exposición, aunque sea sucinta, de las concretas razones por las que se imponen unos precisos servicios mínimos en las particulares circunstancias que concurren en la singular huelga a la que se refieran. La limitación al derecho fundamental que comporta el aseguramiento de dichos servicios es lo que atribuye tal importancia a la motivación, que no tiene como objeto solamente que los trabajadores afectados conozcan el por qué de los mismos. Poseen, además, una especial trascendencia a la hora del control judicial de la decisión que los establece porque solamente a través de su examen podrán los Tribunales contrastar su idoneidad y proporcionalidad en relación con el sacrificio que comportan para el derecho fundamental reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución. De esta manera, aquéllas resoluciones que fijan los servicios mínimos y carezcan de motivación u ofrezcan una de carácter genérico, válida para cualquier convocatoria de huelga o, en general, las que no consideren las circunstancias específicas de aquélla a la que se refieren habrán de ser consideradas nulas por desconocer las exigencias que en este punto derivan de la protección constitucional del derecho a la huelga, tal como las han perfilado el Tribunal Constitucional últimamente, en las Sentencias 183, 184, 191 y 193/2006, que citan las anteriores y este Tribunal Supremo entre otras muchas y por citar las más recientes, en las Sentencias de 16 y 23 de mayo de 2005, 31 de enero de 2005, 17 de diciembre de 2004.”

(STS de 24 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 7ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Díaz Delgado. Ar. 5214)

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TRASPASO DE FUNCIONES Y SERVICIOS

Tras la plena efectividad del traspaso de funciones y servicios a una Comunidad Autónoma, ésta se subroga en los servicios, bienes, derechos y obligaciones a que se refiere el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias.

“Solución igual a la de los motivos anteriores debe darse al tercero y al cuarto por el que se denuncian, respectivamente, la infracción del artículo 20.1 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico y su disposición adicional primera.

Formulada la reclamación indemnizatoria por responsabilidad patrimonial ante el Insalud el 1 de julio de 2002, esto es, con posterioridad al 1 de enero de 2002, fecha de la efectividad del traspaso de las funciones y servicios de dicho Instituto a la Comunidad Autónoma de Aragón en aplicación del Real Decreto 1475/01, de 27 de diciembre, una correcta interpretación del artículo 20 de la citada Ley 12/1983, en conexión con su disposición adicional primera, conduce a idéntica solución a la que llega la Sala de instancia al apreciar la falta de competencia de la Administración Estatal para resolver la reclamación de referencia.

En un supuesto de hecho en el que, al igual que sucede en el ahora enjuiciado, la solicitud de responsabilidad patrimonial fue precedida de la anulación por un Tribunal Jurisdiccional de un acto del que deriva el ejercicio de la acción indemnizatoria por responsabilidad patrimonial, concretamente por la anulación de un expediente expropiatorio tramitado por la Administración del Estado, esta Sala afirma en sentencia de 21 de noviembre de 1998 que corre a cargo de la Administración Autónoma la obligación de reparar los daños y perjuicios.

Dice así en sus fundamentos de derecho cuarto y quinto: “*CUARTO.*— *La estimación de todos los motivos aducidos exige resolver lo procedente dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según ordena el artículo 102.1.3º de la Ley 10/1992 de 30 de abril.*

La Administración Autónoma recurrida niega su responsabilidad patrimonial porque fue la Administración del Estado quien decidió la expropiación anulada por los Tribunales, de manera que será ésta la que, en su opinión, deberá, en su caso, resarcir los daños e indemnizar los perjuicios causados con el mal funcionamiento de sus servicios. citando, en justificación de tal planteamiento, lo dispuesto por el artículos 20.1 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre. Este precepto, sin embargo, conduce a una solución diametralmente opuesta a la que propugna la Administración Autónoma recurrida, ya que establece que los expedientes en tra-

mitación, correspondientes a los servicios o competencias que estuviesen pendientes de resolución definitiva antes de la fecha de efectividad de las transferencias, se entregarán a la Comunidad Autónoma para su decisión, y en este caso ni siquiera se había presentado en esa fecha la reclamación por responsabilidad patrimonial. la cual lo fue el día 1 de febrero de 1984 ante la Administración del Estado (apartado quinto del escrito dirigido el 24 de julio de 1986 a la Comunidad de Madrid y párrafo segundo del escrito dirigido a la misma con fecha 26 de diciembre de 1986, folios 2 a 7 de los autos de instancia), la que lo remitió a la Administración de la Comunidad Autónoma demandada porque las parcelas expropiadas a la entidad demandante se habían transferido a dicha Comunidad autónoma por Real Decreto 1992/83, de 20 de julio, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 26 de julio de 1983, el cual, según lo dispuesto en su artículo 5º, entró en vigor el mismo día de su publicación, de numera que a quien competía la resolución definitiva del expediente, conforme al citado artículo 20.1 de la Ley 12/83, de 14 de octubre. es a la Administración de la Comunidad autónoma demandada, la que, por consiguiente, conforme al mismo precepto, ha de soportar las consecuencias económicas que resulten.

QUINTO.— *La obligación de la Administración autonómica demandada de reparar los daños e indemnizar los perjuicios, derivados de responsabilidad patrimonial: no sólo viene impuesta por el citado artículo 20.1 de la Ley 12/83, de 14 de octubre, sino que la misma deviene de haberse subrogado en tal obligación por imperativo del Real Decreto 1992/1983, de 20 de julio, con el que se efectuó el traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente en favor de la Comunidad Autónoma de Madrid, cuyo artículo 2.1 transfiere a ésta los servicios, bienes, derechos y obligaciones a que se refiere el acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias, incluidos en su anexo 1, en el que, entre los bienes, derechos y obligaciones del Estado que se traspasan a la Comunidad de Madrid se encuentran los bienes, derechos y obligaciones de la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid que se recogen en el inventario detallado de la relación núm. 1 que se adjunta, en el que figuran las fincas en su día expropiadas a la entidad demandante y ahora recurrente.*

Esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de 4 de noviembre de 1993 y 6 de mayo de 1997, que, en virtud del traspaso de bienes, derechos y obligaciones, la responsabilidad patrimonial debe soportarla la Administración a la que se hubiesen transferido los servicios aunque el hecho determinante de aquélla hubiese acaecido antes de producirse la transferencia, siguiéndose así el criterio sostenido por la antigua Sala Cuarta de este mismo Tribunal en Sentencia de fecha 10 de octubre de 1988 y, por consiguiente, es injustificada la excusa que aduce la Administración de la Comunidad autónoma recurrida para exonerarse de la obligación de reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados a la entidad demandante como consecuencia de la expropiación llevada a cabo por la Administración del Estado, posteriormente anulada por esta Jurisdicción.”.

(STS de 21 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Trillo Alonso. Ar. 5147)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

FRUTOS DEL BIEN SUJETO A EXPROPIACIÓN

Los frutos del bien posteriores al momento de iniciación del expediente de justiprecio pertenecen a la Administración expropiante o, en su caso, al beneficiario.

“En los motivos cuarto y quinto, como se acaba de indicar, se sostiene que los frutos del bien expropiado pertenecen a su propietario y que éste, en tanto en cuanto no haya tenido lugar la ocupación del bien por la Administración, sigue siendo el expropiado. De aquí que, siempre según las recurrentes, la sentencia impugnada errara al fundar su decisión en el art. 36 LEF diciendo que el justiprecio debe tener en cuenta el valor del bien expropiado en el momento de iniciación del expediente de valoración y que, por ello mismo, no puede incluir frutos posteriores. Se sostiene, además, que el valor de esos frutos no queda satisfecho por los intereses de demora, que por definición se refieren a un principal –el montante del justiprecio– que no los incluye.

La argumentación de las recurrentes en estos dos últimos motivos del recurso de casación no puede ser compartida, ya que los frutos que el bien expropiado produzca con posterioridad al momento de iniciación del expediente del justiprecio –momento a que va referida la valoración de la finca expropiada– no puede decirse que pertenezcan al expropiado. Es verdad que la legislación de expropiación forzosa no contempla expresamente este supuesto; pero el art. 31 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998 que, por la fecha en que se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, es aplicable al presente caso prevé que las plantaciones y sembrados “que existan en el suelo, salvo que por su carácter de mejoras permanentes hayan sido tenidas en cuenta en la determinación del valor del terreno, se valorarán con independencia del mismo”. Esto quiere decir que se debe incluir en el justiprecio el valor de las cosechas pendientes en el momento a que va referida la valoración, no el valor de futuras cosechas. Dado que las cosechas son frutos y dado que aquí, por discutirse sólo a quién pertenecen los frutos futuros, es indiferente que se trate de frutos naturales o de otra clase, cabe afirmar que hay identidad de razón, en el sentido del art. 4 CC entre el supuesto contemplado en el citado art. 31 de la Ley del Suelo y Valoraciones y el presente caso. Ello permite, haciendo una aplicación analógica de este precepto legal, concluir que los frutos que la finca expropiada produjo después del inicio del expediente de justiprecio no pertenecen a las recurrentes.

Vale la pena señalar que al mismo resultado se llega si, en lugar de la analogía con el art. 31 de la Ley del Suelo y Valoraciones, se utiliza el principio general en materia de derecho a los frutos. El art. 1095 CC dispone que “el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla”. Obsérvese que no dice que el derecho nazca en el momento de la entrega. Y una obligación de entrega del bien regularmente expropiado existe desde el momento en que se acuerda la necesidad de ocupación del mismo, sin perjuicio de que la *traditio* propiamente dicha sólo tenga lugar –en el procedimiento expropiatorio ordinario– una vez satisfecho el justiprecio. Dicho brevemente, la obligación de entrega que pesa sobre el expropiado, al igual que la obligación de pago del justiprecio que pesa sobre la Administración expropiante o sobre el beneficiario, surgen desde el momento en que, mediante el acuerdo de necesidad de ocupación de determinado bien, se decide su expropiación forzosa. Más claro aún, siempre con respecto al principio general sobre derecho a los frutos, resulta el art. 1468 CC cuando, en *sede* de compraventa, dispone que “todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato”. Aquí la posición del comprador correspondería claramente a la Administración expropiante, en su condición de acreedora del bien expropiado.

No cabe ninguna duda, en suma, que los frutos del bien expropiado posteriores al momento de iniciación del expediente de justiprecio pertenecen a la Administración expropiante o, en su caso, al beneficiario. Cuestión distinta, que no se plantea en el presente caso, es si la anulación del acto administrativo que acuerda la expropiación forzosa engendraría un deber de restitución de los frutos hechos suyos por la Administración expropiante o por el beneficiario; cuestión que, precisamente por no ser objeto de este litigio, no es preciso responder ahora.”.

(STS de 3 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Díez-Piçazo Giménez. Ar. 4769)

XII. FUENTES

ORDENANZA MUNICIPAL

El TS reitera la legalidad de las disposiciones transitorias de una Ordenanza Municipal que obliga a las instalaciones preexistentes, a su adaptación a las disposiciones de la ordenanza.

“En el supuesto de autos, como en aquellos, la potestad de inspección y con-

trol que se atribuye al Municipio impulsor de la Ordenanza aparece vinculada explícitamente a la finalidad garantizar su cumplimiento, en concreto en lo relativo a la no superación de sus niveles de emisión, moviéndose de esta forma dentro del ámbito de competencias que puede ejercer el Municipio en la materia.

Y, por lo que se refiere al deber de adaptación de las instalaciones preexistentes a las disposiciones de la Ordenanza, plantea de nuevo el problema de la aplicación de las normas de nuevo dictado a las situaciones jurídicas nacidas con anterioridad.

Nada le parece a la Sala que se pueda objetar en torno a la imposición en sí de esta obligación, ya que, desde una primera sentencia de dieciocho de junio de dos mil uno –rec. 8603/1994–, cuyo criterio acaba de ser reiterado en la ya citada sentencia resolutoria del rec. 4801/2006, hemos declarado la legalidad de las disposiciones transitorias que contemplen un plazo de adecuación de las instalaciones legalizadas a las prescripciones de la nueva ordenación, ya que no existe una prohibición general de retroactividad de las normas sino, más bien, según el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, una prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

De ahí que, frente los tres grados de retroactividad de una norma, nos encontremos ante una retroactividad de grado mínimo, ya que tales disposiciones transitorias sólo tienen efecto para el futuro, respecto de relaciones o situaciones nacidas bajo la vigencia de la normativa anterior, y su razón de ser dimana del interés público que tratan de salvaguardar, garantizando, a su vez, los derechos de los operadores, al concederles un plazo prudencial para que puedan adecuar sus instalaciones al nuevo régimen jurídico.”.

(STS de 17 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 5084)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

RESPONSABILIDAD CONTABLE

El TS delimita los conceptos de responsabilidad contable (del conocimiento de este orden jurisdiccional) y responsabilidad civil frente a la Administración Pública (del conocimiento de la Jurisdicción Civil).

“Este primer motivo alegado por el Abogado del Estado no puede prospe-

rar; esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre el sometimiento a la responsabilidad contable por alcance exigida por el Tribunal de Cuentas de quienes no tiene la condición de cuentadantes y la conclusión alcanzada al respecto en las sentencias dictadas con fechas de 8 de noviembre de 2006, 17 de abril de 2008 y 4 de febrero de 2009 respectivamente, ha sido la de excluir dicha responsabilidad. En ellas afirmábamos lo siguiente:

«Es de recordar que los denominados elementos calificadores de la responsabilidad contable son los siguientes:

En primer lugar, que sólo podrán incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

En segundo lugar, que no toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo, será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá, además, que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.

En tercer lugar, que la infracción legal se refiere a las obligaciones impuestas por las Leyes reguladoras de la Contabilidad Pública y del régimen presupuestado aplicables al sector público de que se trate o a las personas o entidades receptoras de ayudas con rango o procedentes de dicho sector.

3. El ámbito subjetivo de los posibles responsables contables se define en el art. 2 de la Ley Orgánica 2/1982, según el cual, corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran aquellos que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos. Asimismo, el art. 38.1 de dicha Ley establece que quien por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados, y el art. 15 señala que el enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos refiriéndose, también, el art. 49.1 de la Ley 1/1988 a quienes tengan a su cargo el manejo de dichos caudales o efectos.

Una interpretación integradora de tales preceptos lleva a entender que la responsabilidad contable está siempre vinculada al manejo de caudales o efectos públicos. Los arts. 15 y 38 de dicha Ley Orgánica hacen girar la responsabilidad contable en torno a los conceptos de caudales públicos o efectos públicos. Así en la medida que se hayan originado daños a los fondos públicos se abre la posibilidad de declarar responsabilidades contables siempre que concurran el resto de requisitos establecidos en la Ley.

Por otra parte, cabe resaltar que ninguno de los preceptos reguladores de la responsabilidad contable se refiere exclusivamente a los funcionarios o autoridades como exclusivos sujetos pasivos. Por el contrario, se habla en todos ellos de personas encargadas de la recaudación, custodia, anejo o utilización de los caudales o efectos públicos.

Definido así el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, la participación en la ac-

tividad económico financiera de un ente público hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos.

Hay que poner énfasis en que la responsabilidad contable surge, en todo caso, en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia, a saber, el cargo o entrega de los fondos, y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca la data, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien sea bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas o entrega de las cantidades recibidas en interés de un tercero. Acreditado un cargo y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas, lo que denominamos un alcance de fondos.

Resulta, pues, obligado concluir que sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público.

Si se sostuviese la tesis contraria de que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable alcanza a cualquier persona, entonces la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales. Pero es que, además, dicha tesis aparece corroborada por el art. 39 y siguientes de la propia Ley, en cuanto recogen, como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos: así, las alusiones a la obediencia debida –art. 39.1– al retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos –art. 39.2– a la falta de medios o esfuerzo a exigir a los funcionales –art. 40–. A mayor abundamiento, el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra “... todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos...”, debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado, y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas.

Como ha dicho este Tribunal Supremo, la responsabilidad contable no se identifica, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma

o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o causales públicos, causen daños a éstos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de “responsabilidad civil frente a la Administración pública”, para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho (sentencia de 7 de junio de 1999).”.

(STS de 24 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 2ª. F.D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Trillo Torres. Ar. 5215)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA

El artículo 110.1.a de la Ley Jurisdiccional es terminante en cuanto exige que sean idénticas las situaciones, respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia.

“Se ha de recordar la jurisprudencia reiterada de esta Sala y Sección (Sentencias de 12 de enero de 2004, 27 de enero de 2004, 9, 10, 13 y 23 de febrero de 2004, 25 de mayo de 2004, 3 de julio de 2004, 13 de septiembre de 2004, 23 de diciembre de 2004, 21 de septiembre y 26 de octubre de 2005, entre otras) según la cual el artículo 110.1.a) de la Ley Jurisdiccional es terminante en cuanto exige que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad y tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, pues lo único que estamos haciendo es cumplir lo que en dicho precepto, concretamente, en su apartado 1 a) se establece: que sólo cabe esa extensión cuando las situaciones jurídicas sean idénticas.

En el caso examinado, al haberse formulado la solicitud de extensión de efectos con posterioridad a la entrada en vigor, el 15 de enero de 2004, de la Ley Orgánica 19/ 2003, que da nueva redacción al artículo 110.5 de la Ley Jurisdiccional había de entenderse que las solicitudes de extensión de efectos presentadas después de la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica han de ser desestimadas si como aquí sucede, para el interesado se hubiere

dictado resolución que habiendo causado estado en vía administrativa, fue consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo.

En consecuencia, en el presente caso falta la necesaria identidad de situaciones jurídicas cuando el solicitante de la extensión de efectos, a diferencia del favorecido por la sentencia, no recurrió la resolución administrativa que en su día se le dictó, confirmando la diferencia entre los que recurren y los que no lo hacen.

El artículo 110. a) es terminante a este respecto pues exige que sean no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones.

Finalmente, son rechazables los argumentos utilizados por el solicitante al invocar la STS de 2 de abril de 2009, que no contempla un caso, como aquí sucede, de acto consentido y firme, por no haber promovido recurso contencioso-administrativo y tampoco es estimable el argumento consistente en su carencia de conocimientos jurídicos, pues éstos han sido suplidos mediante la correspondiente defensa procesal.”.

(STS de 27 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 7ª. F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. González Rivas. Ar. 5282).

XVI. MEDIO AMBIENTE

ACCIÓN POPULAR

El reconocimiento de la legitimación de la Asociación recurrente viene exigido por el Convenio, de Aarhus, ratificado por España en 2004, con efectos jurídicos de 31 de marzo de 2005.

“Pero, sobre todo, debemos destacar como, desde un perspectiva jurisdiccional se impone –artículo 9.1– a las legislaciones nacionales la obligación de permitir a (1) toda persona que estime que su solicitud de información no ha sido atendida, o (2) que ha sido rechazada ilícitamente en todo o en parte, o (3) que no ha recibido una respuesta suficiente, o (4), en fin, que no ha recibido en tratamiento previsto en el artículo 4 de dicho Convenio, “la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley” mediante el “acceso a un procedimiento rápido establecido por la ley que sea gratuito o poco oneroso...”.

Y, por lo que aquí interesa, en el apartado 2 del mismo artículo 9, en relación con el 2.5 del mismo Convenio, se concreta el concepto de “público interesado”, considerando por tal “el público que resulta o puede resultar afectado por las decisiones adoptadas en materia medioambiental o que tiene un interés que invocar en la loma de decisio-

nes”, añadiéndose que “a los efectos de la presente definición, se considerará que tienen tal interés las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno”.

Pues bien, en relación con tal “público interesado”—con el ámbito expresado— el artículo 9.2 del Convenio impone a las legislaciones nacionales que los integrantes del mismo puedan “interponer recurso ante un órgano judicial... para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que entre en el ámbito de las disposiciones del artículo 6...”, considerando que las organizaciones no gubernamentales contempladas en el citado artículo 2.5 cuentan con interés suficiente y pueden entender lesionados los derechos a los efectos de poder impugnar la legalidad de las decisiones u omisiones medioambientales.

Al haberse negado la legitimación a la asociación recurrente deben considerar infringido el citado artículo 9, en relación con el 2.5, del Convenio de Aarhus. Hemos de añadir que el mismo Convenio —como hemos expuesto— fue transpuesto al derecho interno español, junto con las normas europeas que luego reseñaremos, a través de la Ley 27/2006, de 18 de julio, que no se encontraba en vigor (pues entró en fecha de 20 de julio de 2006) cuando se dictaron los actos impugnados (teniendo, además en cuenta que su Título IV y Disposición Adicional Primera —que afectan a esta materia— no entrarían en vigor hasta el 20 de octubre siguiente), pero sí lo estaban cuando se dictaron los Autos que ahora se impugnan. Luego la vulneración ha de proclamarse no solo del artículo 9 del Convenio de Aarhus, sino también del artículo 23 de la citada Ley 27/2006, de 18 de julio.

Y por acotar el tema, lo mismo podríamos decir de las Directivas—2003/41CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre Acceso del público a la información ambiental (que, en concreto, en su artículo 6 garantiza el acceso a la justicia en los supuestos que relaciona), y 2003/35, del Parlamento y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente, y por la que se modifican —en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia— las Directivas S5/337/CEE y 96/61/CE del Consejo (y que, en su artículo 6 contempla la legitimación de las organizaciones no gubernamentales en términos similares a los expresados).”

(STS de 25 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 5236)

XVIII. PERSONAL

RÉGIMEN DE REHABILITACIÓN

La rehabilitación de quien hubiere perdido su condición de funcionario por condena penal de inhabilitación, tiene carácter excepcional sin que pueda hablarse de un derecho automático a la misma, sino más bien de una actividad discrecional de la Administración sujeta a criterios legales, entre los que destaca la relación entre los hechos constitutivos del delito y el concreto trabajo de función pública desarrollado por el solicitante.

“La recurrente, con cita del artículo 68.2 de la ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público y del Real Decreto 2669/ 1998, de 11 de diciembre sostiene que procede la rehabilitación, al haber desaparecido ya los efectos de la condena penal. Como sostiene el Abogado del Estado en su contestación a la demanda:

La figura de la rehabilitación en la condición de funcionario, en el caso planteado, se contempla en el artículo 68.2 de la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que establece que “los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán conceder, con carácter excepcional, la rehabilitación, a petición del interesado, de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. Si transcurrido el plazo para dictar la resolución no se hubiera producido de forma expresa, se entenderá desestimada la solicitud”.

Asimismo, el Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir en materia de rehabilitación de los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración del Estado, señala en su artículo 6.2 que “para la resolución del procedimiento de rehabilitación de quienes hubieran perdido su condición de funcionario como consecuencia de haber sido condenados a pena principal o accesoria de inhabilitación, se tendrá en cuenta los siguientes criterios orientadores para la valoración y apreciación de las circunstancias y entidad del delito cometido:

- a) Conducta y antecedentes penales previos y posteriores a la pérdida de la condición de funcionario.
- b) Daño y perjuicio para el servicio público derivado de la comisión del delito.
- c) Relación del hecho delictivo con el desempeño del cargo funcional.
- d) Gravedad de los hechos y duración de la condena.
- e) Tiempo transcurrido desde la comisión del delito.
- f) Informes de los titulares de los órganos administrativo en los que el funcionario prestó sus servicios.

g) Cualquier otro que permita apreciar objetivamente la gravedad del delito cometido y su incidencia sobre la futura ocupación de un puesto de funcionario público.

De estos preceptos se deduce que la concesión de la rehabilitación es algo excepcional, sin que pueda hablarse de la existencia de un derecho automático a la rehabilitación, una vez extinguidas las responsabilidades civiles y penales que se deriven del delito que en su día fue causa de la separación del funcionario, sino que a de atenderse a las circunstancias concurrentes, y entre éstas, esta Sala viene haciendo especial hincapié en la relación que los hechos constitutivos del delito tuvieron con la función propia del solicitante, y en el presente caso existe una conexión indudable entre la revelación de secretos por la que fue condenado el actor y el trabajo en la Agencia Tributaria, por lo que aunque es cierto que existen dos informes, uno favorable y otro no, ni éstos tienen carácter vinculante, ni por otra parte puede desconocerse que la resolución se basa en el segundo desfavorable.”.

(STS de 6 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 7ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Díaz Delgado. Ar. 4820)

XX. RESPONSABILIDAD

DAÑOS PERMANENTES Y DAÑOS CONTINUADOS

La Jurisprudencia distingue, a efectos de la aplicación de la prescripción, entre daños permanentes (el daño producido resulta cuantificable, aún cuando no se haya recuperado íntegramente la salud) y daños continuados que no permiten determinar su alcance en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso); por ello en los segundos el plazo de prescripción comienza a computarse a partir del momento en que dicha determinación es posible.

“Urge por consiguiente, una vez desestimado el motivo segundo de casación habida cuenta de la irrelevancia de la prueba omitida, entrar cuanto antes al análisis del motivo primero, formulado esta vez, conforme al art. 88.1.d) de la UCA. Se aduce en su desarrollo la infracción por la Sala de instancia de la jurisprudencia sobre daños continuados, citando al efecto las Sentencias de 5 de octubre de 2000, 6 de noviembre de 2004, 28 de febrero de 2007 y 12 de noviembre de 2007, doctrina de la que se derivaría la calificación concreta de los padecimientos del actor como un daño continuado, y con ello una aplicación restrictiva de la prescripción.

Lleva razón la recurrente en lo que se refiere a la necesidad de distinguir, como ha puesto de relieve la jurisprudencia de esta Sala, entre los daños permanentes y los daños continuados. Como con reiteración ha manifestado la Sala. por todas la Sentencia de la Sección Sexta de 18 de enero de 2008, recurso de casación 4224/2002, existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la *actio nata*, desde la determinación del alcance de las secuelas, aún cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable.

También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del período del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen.

En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2000. A tal efecto y como señala la sentencia de 25 de junio de 2002 esta Sala viene "proclamando hasta la saciedad sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000, y 11 de mayo de 2001, que "el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto" Sentencia de 31 de octubre de

2000, o, en otros términos "aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad" (Sentencia de 23 de julio de 1997)".

(STS de 13 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 4ª. FD. 3º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 4971)

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(*)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. JUEGO DEL MÉTODO RESIDUAL DE VALORACIÓN E INTERDICCIÓN A LA COMISIÓN DE VALORACIONES DE CREAR CRITERIOS NUEVOS. SENTENCIA PARADÓJICA COMO CONSECUENCIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL

El Abogado del Estado interpone recurso contra el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla de 17 de febrero de 2005, y lo hace en defensa del interés que corresponde a la Administración General del Estado en calidad de titular dominical de una finca de 31.270 m², situada en el término municipal de Sevilla y expropiada con motivo de la ejecución del denominado PERI-GU-2 “Guadaira Sur”, que no es otra cosa que un Plan Especial de Reforma Interior que –conforme explica el dictamen pericial elaborado durante el proceso– tiene por objeto la ordenación de volúmenes de edificación y el tratamiento de la margen izquierda de la carretera Sevilla–Cádiz. El justiprecio fijado asciende a 3.138.203,9 €, que sumados al premio de afección terminan siendo 3.295.114,10 €.

En el acuerdo de valoración recurrido figura una descripción de la finca expropiada y de los antecedentes urbanísticos de la expropiación a los que damos valor de hechos probados, por conformidad sustancial de los litigantes. Diáfana al tiempo de expropiarse, la finca linda al norte con terrenos destinados a residencia de militares; al este con la c/ Sargento Manuel Sánchez Olmo; al sur, con terrenos de los que segregaron los expropiados, y al oeste con terrenos también afectados por la expropiación, con frente a la N-IV y rotonda ejecutada para facilitar el acceso a Bermejales, residencia de militares y Hospital Militar.

Se trata de terrenos que de acuerdo con el Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU) de la ciudad de Sevilla definitivamente aprobado en 1987 estaban clasificados como suelo urbano, debiendo añadirse que el PERI en cuyo ámbito se encuadran fue aprobado definitivamente por acuerdo plenario del Ayuntamiento de 27 de febrero de 2002.

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

El expediente de tasación conjunta fue aprobado inicialmente por acuerdo municipal de 22 de mayo de 2002, y definitivamente por acuerdo plenario de 24 de abril de 2003.

Por resolución de 1 de junio de 2000 del Director General del Catastro fue aprobada la Ponencia de Valores de Bienes Inmuebles del término municipal de Sevilla, en la que el ámbito del PERI-GU-2 se encontraba incluido en el polígono catastral F07 “Guadaira”, que a su vez fijaba un valor de repercusión para el uso residencial (VRB) de 152,717176 €/m², para la calle Sargento Manuel Olmo Sánchez.

Este dato es importante dado que la Comisión Provincial manifiesta obtener el valor del suelo a partir del establecido en la Ponencia, lo cual no puede resultar extraño, dado que el artículo 28.1 de la Ley 6/1998, del Suelo y Valoraciones, que a esa fecha era la referencia legal obligada, determinaba que el valor del suelo urbano sin urbanización consolidada debía obtenerse por aplicación al aprovechamiento resultante del correspondiente ámbito de gestión en que estuviese incluido del valor básico de repercusión más específico recogido en la ponencias de valores catastrales para el terreno concreto a valorar.

Por tanto, la Comisión Provincial opera partiendo como premisa de la vigencia de las ponencias de valores, para acto seguido proceder a su revisión, tomando como datos los del Ministerio de Fomento (actual de la Vivienda) sobre índices de precios de viviendas contenidos en la serie estadística publicada en 2002.

A continuación, puede verse como la Comisión pondera el incremento de los precios medios en Sevilla durante los años 2000-2002, apreciando que no son significativos en relación a la zona, ya que el polígono Guadaira tiene un valor claramente inferior en su zona y ésta es a su vez inferior entre un 15% y un 25% a la media de la ciudad. Por ello considera válido el incremento porcentual en sintonía con los recortes de prensa aportados por la propiedad, lo que le lleva a concluir en un valor revisado equivalente a 216,919477 €/m².

En resumidas cuentas, el valor considerado se basa en la Ponencia de Valores Catastrales aprobada en el año 2000 (152,717176 €/m² construido), debidamente actualizado según estudios de la Sociedad de Tasaciones recogidos por el Ministerio de Fomento para Sevilla en el período 2000-2002.

Según la Comisión, al valor del suelo obtenido de este modo hay que sustraerle los pertinentes costes de la urbanización necesaria para que el terreno alcance la condición de solar, que cifra en 47,96 €/m², de acuerdo con las estimaciones del Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla para el año 2002. Por tanto, el valor neto de repercusión del suelo asciende a 168,96 €/m².

Entre los litigantes existe consenso en señalar el aprovechamiento atribuible al propietario expropiado, que es el utilizado por la Comisión en el siguiente cálculo final:

$0,9 \times 0,659974 \text{ m}^2/\text{m}^2\text{s} \times 31.270 \text{ m}^2: 18.573,65 \text{ m}^2\text{t}$

Valor del suelo: $168,96 \text{ €/m}^2 \times 18.573,65 \text{ m}^2\text{t}: 3.138.203,90 \text{ €}$.

En cuanto a los costes de la urbanización que de acuerdo con los artículos 28.5 y 30 de la ya citada Ley 6/1998 necesita el suelo para obtener la condición de solar, la Comisión convino en tasarlos en $47,96 \text{ €/m}^2\text{t}$, valor al que la Gerencia de Urbanismo atribuye el beneplácito de todas las partes interesadas, pese a que en su hoja de aprecio llegase a manejar el de $36,16 \text{ €/m}^2$.

Un último dato normativo atañe al momento al que ha de referirse la valoración determinante del justiprecio, cuestión meridianamente resuelta por el artículo 24 de la Ley del Suelo y Valoraciones, que la refiere al momento de exposición al público del proyecto de expropiación, al haberse optado por el procedimiento de tasación conjunta. Sin objeción por las partes, se acepta septiembre de 2002 como fecha de referencia.

Dado que el recurso se construye en torno a la impugnación de un acuerdo de valoración, la primera cuestión a determinar es la corrección de los criterios empleados por la Comisión.

No es la primera vez que este Tribunal se esfuerza en subrayar que los criterios de valoración del suelo son normas legales vinculantes, y que esta vinculación debe hacerse efectiva no sólo evitando su inaplicación lisa y llana, sino su tergiversación, mediante fórmulas que supongan su aplicación parcial y mutilada, o la integración de la fórmula legal en otra de nuevo cuño, que toma el criterio legal como un punto de partida a completar por el órgano de valoración, mediante la adición de criterios que se supone hacen justicia al verdadero valor del inmueble. Esto es lo que sucede en el presente caso, en el que la Comisión Provincial de Valoraciones procede por su cuenta y riesgo a una actualización de propia cosecha de un valor de repercusión deducido de las ponencias catastrales al uso, a nuestro juicio, sin autorización legal suficiente, dada la claridad con que se pronunciaba el entonces vigente artículo 28 de la Ley del Suelo: o aplicación del valor de repercusión más específico recogido en las ponencias de valores catastrales para el terreno concreto a valorar, o bien de valores de repercusión obtenidos por el método residual, en los supuestos de inexistencia o pérdida de vigencia de valores catastrales, por tanto, sin lugar para soluciones intermedias como la que supone la actualización de los valores catastrales mediante índices a los que la Comisión, no la ley, atribuye significación.

Dicho de otro modo, es la propia actividad valorativa de la Comisión, la que viene a reconocer el desfase de las ponencias, al menos en relación con los

suelos valorados, reconocimiento que se deduce del esfuerzo para ajustarlos a la evolución del mercado inmobiliario de la capital hispalense, lo que, por otro lado, no tiene por qué resultar extraño, si se piensa que el Plan de Reforma Interior es posterior a la aprobación de la Ponencia de Valores de Bienes Inmuebles del término municipal de Sevilla, y que no es la primera vez que este tipo de incidencia se toma por el Tribunal como signo del desfase de valores catastrales de fecha anterior, si no han tomado en cuenta el aumento de valor inmobiliario llamado a materializarse precisamente por la mejora que supone la ejecución de un instrumento normativo de esa naturaleza.

En consecuencia, por mandato legal, en respuesta a la incorrección legal en que incurre el acuerdo recurrido, lo procedente no es sino tratar de establecer el valor del suelo mediante el análisis de las distintas valoraciones, que efectuadas conforme al denominado método residual, figuran incorporadas al proceso.

Proponen valoración conforme al método residual, por un lado, la Administración del Estado, de acuerdo con los cálculos reflejados en el dictamen del Arquitecto Jefe de la Unidad Técnico-Facultativa de la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda en Andalucía unido a la demanda deducida por el Abogado del Estado; por otro, este el método del que se sirve el arquitecto designado judicialmente como perito para la elaboración de un dictamen que fue objeto de un requerimiento por parte de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 61.2 de la Ley 29/98 y 436 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tuvo por objeto que su autor especificase el producto inmobiliario final predominantes en el suelo expropiado, indicando los datos determinantes de este criterio.

Semejante explicación tiene su razón de ser en el concepto mismo de método residual, que parte del principio conforme al cual el valor atribuible al suelo, como factor de producción de un inmueble, es la diferencia entre el valor total del producto inmobiliario y los valores atribuibles al resto de los factores, por ejemplo, los costes de construcción o el beneficio del promotor. Por tanto, se toma el precio de venta de la edificación para, por sustracción, descontar los costes de producción distintos del suelo, de modo que el residuo obtenido se considera valor de éste último. Por ello, es fundamental, partir, no de cualquier valor de producto inmobiliario acabado, sino, precisamente, de aquel que se supone estarían llamado a soportar los suelos expropiados, puesto que es inapelable que el valor del suelo depende del valor de la edificación de que es susceptible, y que a su vez éste varía dependiendo del uso y tipología edificatoria. La normativa catastral ejemplifica este modo de proceder, como se deduce de la lectura del Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio, aprobatorio de las normas técnicas y el cuadro

marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana, que opera identificando cada polígono con un área de reparto, con el fin de obtener dentro de cada uno de ellos unos valores de referencia, empezando por el denominado valor de repercusión básico (RB) –del que posteriormente, por corrección, se obtienen los restantes valores en calle, tramo de calle, zona o paraje y finalmente, parcela–, que ha de fijarse partiendo del producto inmobiliario más característico o del definido por el Plan según el uso y tipología edificatoria más característicos, con lo que se pretende que los usos urbanísticamente definidos del suelo se incorporen a la valoración fiscal. De este modo se acepta que el valor del suelo es función del valor de la construcción susceptible de existir sobre el mismo, de ahí nuestra insistencia en especificar, en la medida de lo posible, el producto inmobiliario final predominante en el suelo expropiado.

Sobre este particular, tenemos que: el dictamen del Arquitecto–Jefe de la Unidad Técnico–Facultativa de la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda en Andalucía unido a la demanda deducida por el Abogado del Estado, admitiendo la validez del cálculo conforme al método residual estático, lo aplica sirviéndose de los pertinentes parámetros, según manifiesta concordantes con los sugeridos en el informe técnico del acuerdo de la Comisión, uno de los cuales es el valor en venta del producto inmobiliario referido a la fecha 27/9/2002, precio medio, tercer trimestre de 2002, según el Ministerio de Fomento y estimado en 1.382,47/m² €. De este valor debe decirse que es sensiblemente superior al de 1.150 €/m².

Por la documentación acompañada, sabemos que el informe hace aplicación de los resultados correspondientes al Índice de Precios de las Viviendas obtenido a partir de datos obtenidos de las tasaciones hipotecarias facilitadas por las principales Sociedades de Tasación y publicadas por la Dirección General de Programación Económica y Presupuestaria del Ministerio de Fomento. Por tanto, la cifra manejada consiste en un precio medio del metro cuadrado referido a un área geográfica homogénea, en este caso Sevilla, como centro urbano cuya población de derecho oscila entre 500.000 y 999.999 habitantes. Yendo al final, termina obteniendo un valor de repercusión neto del suelo equivalente a 444,91 €/m², que multiplicado por el aprovechamiento materializable (18.573,65 m²/techo) arroja una suma de 8.263.761 €.

En cuanto al dictamen confeccionado por el perito insaculado judicialmente, tenemos que: tras reiterar la validez del método residual, al estar obligado a tomar como referencia un valor de mercado del que se deducen todos los costes necesarios, determina el valor en venta del metro cuadrado construido de vivienda en la zona donde se localizan los terrenos a valorar. Pa-

ra obtenerlo, con apoyo en el estudio de documentación elaborada por diferentes sociedades de tasación y publicadas en prensa, informes y demás documentos estadísticos, parte del precio de venta establecido en la valoración de la propiedad, esto es 1.150 €/m². Asimismo, el perito indica que para mejor comprobación realizó un muestreo en la zona en la fecha de elaboración del informe, en el que sirvieron como testigo inmuebles pertenecientes a la promoción de viviendas Palmera Residencial, de similares características a los terrenos expropiados y situados en el otro lado de la Avenida de Jerez, en la primera franja lindante con dicha Avenida. Obtenido un valor en venta correspondiente a pisos situados en bloques plurifamiliares aislados, como se trata de una magnitud actual (esto es, a la fecha de emisión del informe, 29 de abril de 2008), de lo que se trata es de corregirlo, retro trayéndolo a la fecha de valoración de la expropiación, lo que consigue empleando el porcentaje de incremento del precio venal de edificios de uso residencial en Sevilla, con el resultado de conseguir un valor de metro cuadrado construido ascendente a 1.616,51 €/m².

No obstante, debemos remarcar el carácter simplemente verificativo de esta operación, que al traducirse en un precio de venta de producto terminado superior al precio medio facilitado por la propiedad, reafirma la convicción del perito judicial de asumir como valor venal el de 1.150 €/m², que viene entonces a refrendar. Tras las correspondiente detracción de los costes constructivos y de urbanización, el valor residual neto del m² de suelo asciende a 343,92 €/m².

Esta exposición sería incompleta sin referir las estimaciones propias de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, reflejadas en la hoja de aprecio formulada el 15 de mayo de 2002, y que el dictamen judicial explica convenientemente.

Esta hoja de aprecio considera como valor en venta para los terrenos a expropiar el de 841,42 €/m², valor que juzga corresponde al polígono fiscal F07 "Guadaira", dada su situación y factor de demanda de la zona. Manejando un valor de construcción (395,48 €/m²), alcanza un valor de repercusión de 205,53 €/m² que la Gerencia reduce al sentirse obligada a aplicarle un coeficiente corrector (el coeficiente M) al que luego será necesario prestar atención, además de deducir los gastos de urbanización.

Llegado el momento de examinar, y en su caso, elegir, cada uno de los valores propuestos como alternativa al de la Comisión, debe puntualizarse que este Tribunal de Justicia no es un segundo órgano de tasación, funcione éste como Jurado Provincial de Expropiación (en el ámbito estatal) o Comisión Provincial de Valoraciones (en el ámbito autonómico y local), ni su misión es exactamente la de reproducir la que corresponde a este tipo de órganos, de carácter eminentemente técnico, por serlo la tasación de derechos

mobiliarios e inmobiliarios. De este modo, de querer prosperar, la impugnación de un acuerdo emanado del Jurado Provincial o de la Comisión Provincial, debería encauzarse, o bien a través de la prueba de la existencia de errores claramente identificables en la formación de su juicio, —fruto, por ejemplo, del manejo de datos insuficientemente contrastados o desfasados—, o en su caso, de la acreditación de un error conceptual, por infracción de las reglas legales de valoración, o de aquellas que, revistiendo carácter eminentemente técnico, gocen de aceptación en el ámbito académico o entre la comunidad de profesionales del ramo de la tasación inmobiliaria y resulten jurídicamente asequibles.

Juzgando desde esta perspectiva, podemos hacer las siguientes consideraciones.

Como se ha razonado, en principio no es defendible, la determinación del justiprecio efectuada por la Comisión Provincial de Valoraciones, porque incurre en una contradicción (atribuir vigencia a los valores deducidos de las ponencias catastrales, no obstante sentirse obligada a actualizarlos) salvada mediante el uso de reglas valorativas no admitidas legalmente

La valoración defendida por la Administración propietaria del suelo tampoco resulta aceptable.

En efecto, recordando de nuevo la necesaria correlación que ha de existir entre el precio de venta del producto inmobiliario final y el valor del suelo, si en verdad se espera un buen uso del método residual, hay que procurar que los cálculos descansen en valores de productos inmobiliarios que, aparte de debidamente contrastados, guarden relación con los suelos valorados, en el sentido anteriormente explicado, de que no es apto cualquier valor de producto inmobiliario acabado, sino, precisamente, aquel que se supone están a soportar los terrenos expropiados.

El dictamen elaborado por los servicios técnicos de la Administración y unido a la demanda del Abogado del Estado se aparta de estas pautas, por su inconcreción y generalidad, y le es reprochable que se conforme con manejar con valores medios, referidos indiscriminadamente a la ciudad en su conjunto, cuando la base de una buena valoración conforme al método residual radica, precisamente, en ponderar de la forma más individualizada posible las circunstancias del suelo, no en vano, p. ej., la normativa catastral trabaja sobre una división del suelo ajustada a sus condiciones urbanísticas de desarrollo, actuales o futuras.

El dictamen del perito judicial acepta como precio de enajenación del producto inmobiliario, el de 1150 €/m² que es el precio de venta establecido en la tasación efectuada en vía administrativa por la Administración expropiante. Como en lo atinente a este extremo, el perito judicial se limita a reproducir la estimación de la propiedad bastaría dar por reproducido en el

párrafo anterior, no obstante, es preciso añadir alguna puntualización adicional

Nos vemos en la obligación de señalar que la operación destinada a corroborar el precio aceptado y que, como se vio, consiste en deflactar convenientemente el precio actual del m² construido de una determinada promoción inmobiliaria, retrotrayéndolo a la fecha de valoración (la exposición al público del proyecto) no parece adecuada, si tenemos en cuenta que los precios corresponden a una promoción, denominada Palmera Residencial, en la barriada de Los Bermejales, de venta libre –en todo caso, desarrollada al margen del Plan Especial de Reforma Interior que engloba los suelos expropiados– que el propio informe viene a reconocer que forman parte de la zona más cara del polígono fiscal O7 Guadaira, de manera que lo que debería demostrarse es, justamente, que los terrenos expropiados están llamados a sustentar el mismo tipo de edificación residencial lucrativa y libre. Por tanto, no le resulta posible a este Tribunal operar sobre la base de los cálculos y estimaciones del dictamen del perito por él designado.

En este punto y no sin razón, se detiene el Letrado de la Gerencia de Urbanismo, especialmente al alegar al informe aclaratorio que fue solicitado a este perito judicial. La insistencia en tener cierta seguridad de que el valor de repercusión responda a la realidad de los terrenos obliga a alcanzar cierto grado de certeza de que los productos inmobiliarios que el dictamen presupone y aquellos de los que son susceptibles los terrenos valorados son parejos o similares. En este caso, sabemos que el uso es, efectivamente residencial, y conocemos igualmente su tipología, por lo demás, anunciada en el cuadro de edificabilidades del PERI-GU-2 Guadaira, cuya redacción definitiva es la que consta en la tabla incorporada al acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el 18 de marzo de 2004, a propuesta del Teniente de Alcalde, Delegado de Urbanismo, aportado por el arquitecto designado por este Tribunal. No obstante, más importante que constatar que las edificaciones que integran la zona sujeta al PERI-GU-2 Guadaira se caracterizan por basarse en tipologías de ordenación abierta, hubiera sido conocer, por ejemplo, en qué proporción, de existir alguna, las edificaciones previstas quedaban o debían quedar sujetas a un régimen de protección pública, en el que los productos inmobiliarios quedan anclados a precios tasados de venta.

En todo caso, el déficit probatorio que deriva de la no crítica por parte del Tribunal a las valoraciones de la Comisión Provincial o del perito designado en los autos no puede suplirse tomando como referencia para calcular el valor de repercusión final del suelo el de la vivienda de protección pública, como suele ser habitual en el proceder no sólo de los órganos especializados de tasación, incluida en nuestro caso la CPV, sino de Jueces y Tribunales

competentes en materia expropiatoria, como acredita la somera consulta de cualquier colección jurisprudencial.

Pese a los esfuerzos de aclaración del Tribunal, el dictamen facturado judicialmente no ha proporcionado la debida sobre este punto, a lo que se añade la falta de compromiso por parte de la Gerencia para acreditar el grado de afectación de los suelos expropiados a actuaciones protegidas en materia de vivienda, aun tratándose de información que no puede serle ajena en su calidad de agente privilegiada del desarrollo urbanístico de la capital andaluza, y ello aunque la fecha de valoración sea anterior a la promulgación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que es la que, en su versión original o reformada por la Ley 13/2005, vino a establecer con rango de verdaderas determinaciones necesarias de los instrumentos de planeamiento la obligación de reserva de terrenos equivalentes a un determinado porcentaje de la edificabilidad residencial proyectada para usos residenciales protegidos, y en consecuencia, la afectación de los terrenos expropiados tenga que enmarcarse, como máximo, dentro de los límites un tanto difusos de la planificación sectorial, representada a la fecha de la valoración por el III Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 1999-2002, aprobado por Decreto 166/1999, de 27 de julio.

Mas la renuncia a un cálculo propio sobre la base de los valores de venta máximos de vivienda protegida viene dada por la conducta de la Administración expropiante (folio 38 del expediente), quien al considerar para el metro cuadrado construido un valor en venta de 841,42 €/m², en atención a la situación y factor de demanda de la zona, reconoce indirectamente la impertinencia de recurrir a los valores de VPO, cifrados por la Comisión en 717,20 €/m².

Por tanto la propia parte expropiante, al admitir que el valor más adecuado es más alto que el de la vivienda protegida, invalida su posible invocación como fundamento del justiprecio que el Tribunal quedaría obligado, en principio, a fijar a fin de sustituir el indicado por la Comisión Provincial de Valoraciones. Y teniendo que prescindir tanto de la valoración de la parte expropiada como de la del perito judicial para sustituir la imperfecta valoración recurrida, cabría pensar que la vía para resolver sobre el fondo pudiera venir dada, precisamente, por la admisión de hechos por la parte a quien perjudican, en este caso, la Gerencia de Urbanismo, lo que, en definitiva, supondría, lisa y llanamente, reconstruir el justiprecio dejado sin efecto a partir de datos y estimaciones provenientes de quien a la par que expropiante se constituye en deudora de su pago.

Sabemos por el expediente que su hoja de aprecio consigna un valor de repercusión cifrado en 205,53 €/m², que es objeto de la reducción derivada de aplicarle un coeficiente de reducción (205,53 x 0,8:164,42 €/m²) previsto en la normativa catastral, y que no es la primera ocasión que se utiliza.

A partir de tal valor, quedaría abierta la posibilidad de reemplazar el justiprecio la Comisión, teniendo en cuenta que en otros recursos (rec. número 106/2003, fallado por sentencia de 27 de febrero de 2009 y rec. 365/2003, resuelto por sentencia de 15 de octubre de 2007), este Tribunal rectificó el justiprecio recurrido, eliminado el denominado coeficiente M aplicado por el Jurado, razonando, en cuanto al procedimiento que *“como al fin y al cabo, la parte recurrente opone al mismo la valoración formulada en el expediente, el Tribunal puede recorrer el espacio de juego entre una y otra valoración, entendiendo que juzga dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes aunque niegue validez a algún criterio del Jurado que no haya sido expresamente cuestionado”*; y sustantivamente, por entender que la aplicación del coeficiente corrector M previsto en la Norma 14 del Real Decreto 1020/1993, pensado para fincas afectadas, entre otras circunstancias por la expropiación, quedaría en entredicho de interpretar la cuestión a la luz de un principio inherente a toda operación expropiatoria: la tasación –artículo 36 LEF– se efectuará sin tener en cuenta las plusvalías –mutatis mutandi: la minusvalías– que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro

Sin embargo, aun una vez eliminado el coeficiente corrector,, sustrayendo del valor de repercusión adoptado (205,53 €/m²) el importe mutuamente convenido por las partes litigantes en concepto de costos de urbanización (47,96 €/m²t), se obtiene un valor neto de repercusión del suelo, ascendente a a 157,57 €/m², que multiplicado por el aprovechamiento aceptado (18.573,65 m²t), terminaría arrojando una cifra de (2.926.650 €) sensiblemente inferior a la reconocida por la Comisión. Siendo así, el principio de *“reformatio in peius”* veda la posibilidad de sustituir la cantidad fijada por la Comisión por una suma menor, salvo que se acepte que el proceso termine suponiendo para el recurrente un daño mayor que el que aspiraba reparar.

Al llegar a este punto, resta por concretar cuál debe ser el alcance de la tutela judicial consecuente con los hechos probados y razonamientos expuestos a lo largo de esta sentencia.

Entre otras muchas sentencias, en la de 15 de febrero de 2008. (rec. 196/2004), pusimos de manifiesto que la simple denuncia de nulidad de un acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación por carecer de la motivación exigida no ameritaba su anulación judicial, si se ponía en relación con la pretensión de condena a la Administración al abono de una cantidad cierta y determinada consignada en el suplico de la demanda, determinante del alcance de la tutela judicial solicitada.

Con mayor razón, en el presente caso, en el que el suplico refleja que la demanda trasciende de lo que sería una pura y simple acción declarativa

de nulidad –cuyos efectos se detendrían en la retroacción de actuaciones y en su reposición al momento inmediatamente anterior al de la emisión del acuerdo– y refleja claramente que la Administración del Estado únicamente pretende que se acoja su pretensión de condena, fijando en consecuencia el justiprecio de la finca expropiada, la obligación legal de juzgar dentro del límite de las pretensiones de la parte y de los motivos que fundamentan recurso y oposición –art. 33 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden jurisdiccional– tiene como consecuencia que, al rechazar el mayor valor solicitado por la recurrente, sea necesario confirmar el acuerdo recurrido, sin perjuicio de las infracciones legales de que adolece.

(St. de 8 de octubre de 2010. Sala de Sevilla. Ponente Javier Rodríguez Moral)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. TRANSPORTES. NATURALEZA DEL ESTUDIO Y DEL PROYECTO DE LA LÍNEA. CONVERGENCIA DE LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA. EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA ES UNA EXIGENCIA DE LA LEF CON INDEPENDENCIA DE QUE LO EXIJA, O NO, LA LEGISLACIÓN SECTORIAL

La actuación administrativa recurrida es la resolución de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 24 de mayo de 2007 que aprobó el denominado Proyecto clave T–TC6120/PPRO “Construcción del Tren–Tranvía entre Chiclana de la Frontera y San Fernando– Tramo: Caño Zurraque–San Fernando. Variante a vía única en Calle Real del p.k 3,039 al 4,945”, en la medida en que su aprobación lleva implícita la declaración de utilidad pública, la necesidad de ocupación y la adquisición de derechos correspondientes que precisa la ejecución de la mencionada obra pública, con afectación de derechos de los recurrentes, a los que se resolvió citar a fin de proceder al levantamiento de las correspondientes actas previas a la ocupación. Son varios los argumentos que la demanda desgana para oponerse a la afectación de sus bienes y derechos a la operación expropiatoria mencionada, no obstante, aunque entre ellos se encuentra la inadecuación del procedimiento de urgencia seguido conforme marca el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa e incluso, la falta misma de justificación de la expropiación, es lógico anteponer a cualquier otro examen el de las irregularidades del procedimiento, dado que, como veremos, inciden incluso en la validez del proyecto determinante de la expropiación, esto es, su causa expropriandi.

Revisado el expediente, es decir, limitando nuestro examen a las actuaciones tal y como aparecen documentadas por la propia Administración activa, es posible, sin más miramientos, destacar, al menos, dos omisiones a nuestro parecer capitales.

En primer lugar, no nos ha sido posible constatar la aprobación del estudio informativo de la Plataforma reservada de Transporte Público de Chiclana de la Frontera y San Fernando. El Letrado de la Junta de Andalucía achaca a los recurrentes la confusión entre estudio informativo –que no necesitaba aprobación– y proyecto, –que la precisaba y por ello la obtuvo, en los términos ya descritos arriba–, más consideramos que el error cae de su lado. Es necesario puntualizar que este recurso exige un especial cuidado para salvar el obstáculo que supone el que la obra ferroviaria a que se refiere este recurso se haya desarrollado bajo el imperio de, al menos, dos cuerpos legales distintos, de un lado la Ley 9/2006, de 26 de diciembre, de Servicios Ferroviarios de Andalucía, de otro la Ley de las Cortes Generales de 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que el Letrado de la Junta reconoce vigente en la fecha de que data el estudio informativo, mes de septiembre de 2003 y a este respecto, el Letrado autonómico arguye que por ello no era entonces necesario un acto de aprobación del estudio informativo, que venía referido, exclusivamente, al proyecto del que habla el artículo 152 de estatal LOTT y que, por tanto, bastó que, una vez elaborado, se sometiese a información pública y ambiental por resolución de 9 de septiembre de 2003, publicada en el BOJA nº 123, de 23 de septiembre.

Lo que el artículo 152 de la LOTT entiende por proyecto ha tenido que ser, forzosamente, el documento que en el expediente figura bajo la denominación de estudio informativo, –con independencia de las razones de semejante ambigüedad terminológica–, y lo que el Letrado de la Junta considera proyecto no es sino el proyecto de construcción, que es el que con mayor detalles contiene los aspectos geométricos de la obra y la definición en concreto de los bienes y derechos afectados. Efectivamente, estamos conforme con la idea de que en el esquema de la LOTT (y de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, arts. 225 y siguientes), para realizar el establecimiento o ampliación de líneas ferroviarias de transporte público era necesario que por el órgano competente de oficio o a instancia de parte interesada, se aprobase el correspondiente proyecto, en el que había que incluir la memoria descriptiva de las necesidades a satisfacer y de los factores de todo orden a tener en cuenta, los planos generales y parciales, la descripción del trabajo y de las obras, así como de las circunstancias técnicas de la realización de las mismas, el presupuesto general y en su caso los presupuestos parciales, y las demás circunstancias que

reglamentariamente se determinen. Pero sin abundar en disquisiciones teóricas, la prueba de que el documento sometido a información pública, faltando a su nombre, cumplía funciones que excedían del ámbito puramente informativo o prospectivo la proporciona la misma la resolución que ordenó el sometimiento a este trámite, al expresar que se acordaba justamente a los efectos previstos en los artículos 15 y 16 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y 25, 26 y 228 de su Reglamento de aplicación, y basta, simplemente, detenerse en el contenido de este último para comprender que en todo momento se refiere a un proyecto de las trascendencia anteriormente indicada (memoria descriptiva, planos generales, presupuesto... etc., en suma, un proyecto de trazado y de selección de alternativas) que por ello, lógicamente, precisa de aprobación para alcanzar la necesaria ejecutividad. Y en el plano sustantivo, la lectura de las alegaciones efectuadas por diversas asociaciones y las Administraciones afectadas revela que el contenido del llamado estudio informativo responde a lo que la LOTT considera proyecto, entendido como documento es el trazado global de la línea proyectada. En consecuencia, el proyecto recurrido no encarna sino lo que determina la legislación sectorial paralela (nos referimos a la Ley 25 /1988, de Carreteras, art. 7.1, y su Reglamento) o la actualmente vigente Ley 9/2006, de Servicios Ferroviarios de Andalucía, denominan proyecto de construcción, para referir aquel documento destinado a detallar los aspectos geométricos de la obra, y definir en concreto de los bienes y derechos afectados por su ejecución. Comoquiera que la propia Administración es quien atribuye al estudio informativo naturaleza de proyecto sujeto a aprobación, en el ámbito de actuaciones escalonadas en que nos movemos, el que tenga que considerarse no realizada, al no obrar en el expediente, determina a su vez que el proyecto recurrido carezca de causa jurídica válida. La segunda irregularidad procedimental de carácter invalidante atañe a la omisión del trámite de información pública del proyecto de construcción del tren-tranvía recurrido. La obligatoriedad de este trámite no es una especialidad de la legislación de obras ferroviarias, sino que, en realidad, resulta de la norma sobre expropiación forzosa, concretamente de lo dispuesto en el artículo 56 del Reglamento ejecutivo de la LEF, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, que de este modo reafirma su carácter de telón de fondo de las actuaciones expropiatorias sectoriales. Precisamente sobre la necesidad de respetar el trámite de información pública previsto en el Reglamento de la LEF se ha pronunciado no hace mucho el propio Tribunal Supremo, en sentencias (STS de 18 de diciembre de 2009 rec. núm. 4238/2006; STS de 10 de noviembre de 2009, rec. núm. 1754/2006) que, no obstante dictarse al amparo de la legislación sectorial de carreteras, resultan extrapolables al supuesto enjuiciado, ya que también en este caso “la

respuesta a esta cuestión se encuentra en el art. 56 del REF, del que cabe deducir que aunque la información pública del proyecto de trazado no fuese necesaria por imposición de la Ley de Carreteras (mutatis mutandi, la legislación sobre obra ferroviaria), el trámite de información pública de 15 días al que se refiere el art. 56 del REF no podría omitirse; sin que tal pueda ser sustituido por la información pública de los estudios informativos ni por la ofrecida en la resolución de convocatoria al levantamiento de actas previas, que cuenta con una limitación de alegaciones importante (subsanan posibles errores en la relación de bienes y derechos afectados), por lo que el procedimiento expropiatorio crea indefensión y ha de anularse.

La indemnización por no poder retrotraer la ocupación de bienes y derechos que necesariamente ha de claudicar tras un fallo estimatorio remite, dado que sobre este punto nada sabemos como Tribunal, (aunque debe reconocerse que la prueba sobre este particular fue rechazada, precisamente por lo que señalamos inmediatamente) al escenario de la ejecución o inexecución de la sentencia previsto en los artículos 18 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 105 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ya que es allí, y no en otro lugar, donde la Administración debe proponer lo que estime conveniente sobre la imposibilidad de ejecutar “in natura” la sentencia (forma de ejecución siempre preferente) y el Juez o Tribunal decidir si realmente existe realmente causa de imposibilidad material o legal de ejecución que amerite la correspondiente indemnización sustitutiva, o si, por el contrario, lo que procede es adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria.

Procede desestimar (sic) el recurso, sin que se aprecie temeridad ni mala fe a efectos de imposición de costas.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos (sic) el recurso 175/2008 interpuesto por el Procurador Sr. X y en consecuencia, declaramos nulo y sin efecto la resolución de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 24 de mayo de 2007 que aprobó el denominado Proyecto clave T-TC6120/PPRO “Construcción del Tren-Tranvía entre Chiclana de la Frontera y San Fernando- Tramo: Caño Zurraque-San Fernando. Variante a vía única en Calle Real del p.k 3,039 al 4,945”, dejando asimismo sin efecto lo actos y trámites de ejecución llevados a cabo, en su caso, por la Administración demandada para la ejecución del proyecto, con los efectos restitutorios inherentes que sean oportunos.

(St. de 29 de octubre de 2010 Sala de Sevilla. Ponente. Javier Rodríguez Moral)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. PRUEBA. ADMINISTRACIÓN SANITARIA. REDUCCIÓN DE TITULARES DE ASISTENCIA SANITARIA CORRESPONDIENTES A UN MÉDICO SIN REDUCCIÓN REAL DE PACIENTES CON REDUCCIÓN SALARIAL EFECTIVA

Alterando el orden de los motivos de impugnación que se hacen valer en el escrito de apelación, el segundo de los esgrimidos reprocha a la sentencia el desconocimiento de la potestad de autoorganización de la Administración Sanitaria andaluza en materia de cupo cuando el número de titulares con derecho a la asistencia sanitaria asignado estuviera por encima de su cupo máximo.

Una lectura atenta de la resolución judicial demuestra inequívocamente que no se ha desconocido la potestad de autoorganización de la Administración en esta materia. En ningún instante se cuestiona la legalidad de la Resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar de fecha 5 de noviembre de 2003 asignando al apelado, en su condición de Médico Jefe del Equipo de la especialidad de traumatología y adscrito al Centro de Especialidades “Vargas Ponce” de Cádiz un cupo de titulares del derecho a la asistencia sanitaria de 17.783, con efectos de 1 de noviembre de 2003. De esta forma se pasó de un cupo de 31.798 titulares del derecho a la asistencia sanitaria asignados a la plaza del facultativo especialista apelado a los 17.783 referidos y, esto, en principio con las consecuencias retributivas inherentes a tal disminución.

La controversia a la que da respuesta la sentencia no gira en torno a la facultad de la Administración de reducir el cupo, sino a si efectivamente esta reducción ha sido real o puramente formal, de tal modo que la carga de trabajo ha permanecido inalterable. Es en este marco donde juegan efectivamente las reglas sobre la carga de la prueba y aquí la Administración apelante reprocha a la resolución judicial la vulneración del art. 217.2 LEC que obligaba al recurrente inicial a probar los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a su pretensión económica, siendo así que a su juicio en ningún instante el demandante ha probado que el cupo adjudicado no se correspondiera con el número real de titulares de la prestación sanitaria.

El planteamiento que realiza la Administración es puramente formal. El principio de que a quien invoca un derecho le corresponde probar los hechos en que se fundamente no puede desligarse de otro de igual entidad como es el de la facilidad y posibilidad probatoria. El médico demandante pone de manifiesto lo que a su juicio implica una anomalía: el hecho de que pese a la importante reducción del número de cartillas asignadas, el volumen de trabajo permanecía inalterable. Precisamente por esa circuns-

tancias solicitó que se le facilitara el nombre, clave médica y el número de las cartillas, respondiendo la Administración sanitaria con el silencio. Si a lo anterior unimos, como acertadamente menciona la juzgadora de instancia, que a través de la Base de Datos de Usuarios del SAS, la Administración con suma facilidad podría acreditar cual sea el real y efectivo número de usuarios de la prestación sanitaria asignados al facultativo apelado y que, sin embargo, nada hizo al respecto, la conclusión a que se llega en la sentencia apelada es de todo punto acertada en orden al reconocimiento de la retribución económica reclamada al corresponder con el trabajo efectivamente realizado.

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PERSONAS JURÍDICAS. REQUISITOS DE LEGITIMACIÓN. FALTA DE DOCTRINA UNÁNIME DEL TSJA. NO ES EXIGIBLE A LAS SOCIEDADES EL REQUISITO DEL ARTÍCULO 45.2.D LJ

La declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo se fundamenta en la sentencia apelada en la falta de aportación del documento que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que le sean de aplicación, tal y como exige el art. 45.2. d) LJCA.

Pues bien, sobre la exigibilidad de aportar este tipo de documentos, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo dista de ser uniforme. Y si bien sobre este punto se ha llegado a dictar una sentencia por el mismo Pleno de ese Tribunal, concretamente de fecha 5 de noviembre de 2008, en el sentido de exigir el acuerdo societario para ejercitar la acción, como hemos referido, además de no contar con la unanimidad de los votos, se han dictado sentencia posteriores apartándose del criterio sentado en dicho Pleno. Así podemos citar entre otras sentencia de 14 de mayo de 2009 en la que se entendió subsanado el requisito procesal, en cuanto que el poder otorgado al Procurador, lo fue por quien había sido apoderado directamente por el consejero delegado de la sociedad, a quien el Consejo de Administración de la sociedad recurrente había delegado todas las facultades del mismo que eran susceptibles de delegación.

Un paso más a la hora de interpretar este requisito, se ha dado por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2009, en la que se han llegado a sentar dos puntos básicos en orden a la exigibilidad de este documento: a) a las entidades mercantiles, solo es exigible el requisito previsto en el artículo 45.2 a), pero no el de la letra d), que se refiere únicamente a las

instituciones que por prescripción legal o estatutaria deban recabar el acuerdo favorable de determinados órganos sociales para el ejercicio de acciones ante la jurisdicción contenciosa; y b) considera acreditado el presupuesto ahora discutido cuando se aporte documento legitimado notarialmente suscrito por un apoderado a quien un miembro del Consejo de Administración le confiera poder para interponer recursos.

En el caso de autos, consta aportada certificación emitida por D. M.P.T. adoptando la decisión de interponer en nombre de Centros Comerciales xxx, S.A. el presente recurso, habiendo sido dicha persona apoderada por el Consejo de Administración de dicha entidad para decidir, a su leal saber y entender y con la misma amplitud y discrecionalidad que si dicha decisión o acuerdo hubiera sido adoptada por el órgano de administración, entablar acciones ante los Juzgados y Tribunales de cualquier jurisdicción. Pues bien, con lo más arriba expuesto sobre las dudas de exigibilidad a este tipo de personas jurídicas del requisito estudiado, así como con las circunstancias concretas del caso de autos, este órgano jurisdiccional no puede sino concluir en la correcta interposición del recurso, y por tanto en la necesaria revocación de la sentencia de inadmisión.

Por lo demás y en obligada congruencia con lo solicitado por la parte apelante, no debemos entrar a examinar las cuestiones planteadas por las partes sobre la legalidad del acuerdo sancionador y conforme a lo instado ordenamos la devolución de lo actuado al juzgado de instancia a fin de que proceda a dictar sentencia sobre el fondo del asunto.

(St. de 24 de febrero de 2011. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)

XVIII. PERSONAL. CONCURSO ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA. ANULA RELACIÓN DE APROBADOS A CUERPOS DE GRADO MEDIO POR VIOLACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE SUS PROPIAS NORMAS DE CONVOCATORIA AL NO COMPUTAR COMO MÉRITOS LOS AÑOS TRABAJADOS EN LA ADMINISTRACIÓN EN GENERAL Y EN CONCRETO EN LA LOCAL

El presente Recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la Orden de 1 de septiembre de 2006, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, por la que se nombran funcionarios de carrera del Cuerpo de Técnicos de Grado Medio, opción Trabajo Social (B.2010); y la Orden de 4 de diciembre de 2006 por la que se desestima el Recurso de Alzada

interpuesto por la demandante contra la Resolución de 23 de junio de 2006, de la Secretaria General para la Administración Pública, por la que se hace pública la relación definitiva de aprobados y se ofertan vacantes a los aspirantes seleccionados en las pruebas selectivas de acceso libre, para ingreso en el Cuerpo de Técnicos de Grado Medio, opción Trabajo Social (B.2010), (BOJA núm. 129, de 6 de julio de 2006).

La demandante participó en las pruebas selectivas para ingresar en el Cuerpo de Técnicos de Grado Medio, opción Trabajo Social (B.2010), de la Junta de Andalucía, convocadas por Orden de 15 de noviembre de 2004 (BOJA núm. 235, de 1 de diciembre de 2004). Considera la actora, en síntesis, que en el apartado “Valoración del trabajo desarrollado” no se le ha valorado, conforme a la Base Tercera 3.1.a) de la Convocatoria los servicios prestados en Cuerpo homólogo al convocado en el Ayuntamiento. Añade falta de motivación de la Resolución de 23-6-2006 y finalmente refiere que la Orden de 4 de diciembre de 2006 ha sido adoptada por el Secretario General para la Administración Pública, por delegación de la Consejera, siendo el mismo órgano que adoptó la Resolución de 23-6-2006.

Por su parte, la representación de la Junta de Andalucía se opuso, en síntesis, a los pedimentos formulados de contrario en base a que, para poder ser valoradas, sus funciones tendrían que ser idénticas y los puestos de trabajo laborales no lo son con los funcionariales, que en la vida laboral aparece el grupo de cotización 02, que se trata de servicios prestados en otra Administración, la Local, y asimismo apela a la discrecionalidad técnica de la Comisión de Selección.

Entrando primeramente en el análisis de la aducida falta de motivación, debe señalarse que la motivación tiene por objeto dar a conocer al administrado las razones de la decisión adoptada, lo que no sólo asegura la seriedad en la formulación de la voluntad de la Administración, sino que permite al interesado impugnar el acto de que se trate con posibilidad de criticar las bases en que se funda y, en último término, facilita el control que el artículo 106.1 de la CE encomienda a los Tribunales de Justicia. Ahora bien, es doctrina del Tribunal Supremo la que señala que no cabe confundir la motivación escueta con la falta de motivación, rechazando el Alto Tribunal que se produzca indefensión cuando consten con claridad o suficiente detalle los datos fácticos y jurídicos que posibiliten la necesaria contradicción y que sirvan para desvirtuar la apreciación de la Administración (STS de 21 de mayo de 1997). Pues bien, en el presente caso, analizada la Resolución de 23-6-2006, forzoso es concluir su suficiente motivación –con fundamento en las Bases Séptima y Octava de la Convocatoria– toda vez que las Alegaciones a las listas provisionales se resuelven por el Tribunal calificador

mediante la publicación de las listas definitivas, que detallan los aspirantes que han superado la fase de selección de la categoría convocada, lo que conduce a la Administración a excluir a la actora del presente proceso extraordinario de consolidación de empleo, por todo lo que no puede prosperar la falta de motivación alegada, toda vez que existe una exteriorización y puesta en conocimiento de la interesada de los motivos internos que llevaron a la formación de la voluntad del órgano (STS de 25-10-1993 y 21-12-1994). de modo que la actora conoció y quedó enterada perfectamente, desde el principio, de los motivos de hecho y de derecho en que se basa la decisión sobre su puntuación, con lo que, en cualquier caso, no ha sufrido indefensión material alguna o que no haya podido remediarse con su acceso a los recursos administrativos y a este proceso jurisdiccional.

Entrando en el análisis de la alegación que hace la actora respecto a que la Orden de 4 de diciembre de 2006 ha sido adoptada por el Secretario General para la Administración Pública, por delegación de la Consejera, siendo el mismo órgano que adoptó la Resolución de 23-6-2006; debe ponerse de manifiesto que, como se desprende de la propia Orden, la misma ha sido dictada por la Consejera de Justicia y Administración Pública, siendo lo que se delega en el Secretario General para la Administración Pública la firma de la misma, tratándose, en última instancia, de irregularidades procedimentales que no le causan indefensión.

Centrado, pues, el objeto de debate sobre el fondo, procede el análisis primeramente de las alegaciones de la actora respecto a la “Valoración del trabajo desarrollado” sobre lo que señala que no se le ha valorado, conforme a la Base Tercera 3.1.a) de la Convocatoria los servicios prestados en Cuerpo homólogo al convocado en el Ayuntamiento de T. Pues bien, con respecto a ello debe ponerse de manifiesto primeramente que la Base Tercera 3.1.a) de la Convocatoria dispone que: *“Por cada mes de experiencia en puestos de trabajo del Cuerpo de Técnicos de Grado Medio a que se aspire, incluidos en la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía; así como en puestos de trabajo de Cuerpos y opciones homologas en cualquier Administración Pública, incluido el personal laboral: 0,20 puntos. El trabajo desarrollado se deberá justificar mediante certificado de la Administración para la que se prestaron los servicios donde conste el período, Cuerpo y opción o categoría profesional y tipo de relación”*. Sentado esto debe ponerse de manifiesto que esta Sala tiene declarado que a fin de valorar el trabajo desarrollado lo que ha de tenerse presente no es el puesto de trabajo en si, sino las funciones efectivamente desempeñadas por el trabajador, por lo que, deberá de acudir a las funciones realmente llevadas a cabo por el mismo para determinar la procedencia de la valoración o no de dichos méritos. A este respecto debe de acudir al expediente administrativo, de cuyo informe de vida laboral unido a la certificación del Ayunta-

miento, se desprende que la actora ha prestado sus servicios como trabajadora social en dicha Administración desde el 22-10-1987, funciones que evidentemente se corresponden con las del Cuerpo de Técnicos de Grado Medio, opción Trabajo Social (B.2010), por lo que tal pretensión debe ser estimada, máxime cuando las Bases no excluyen a la Administración Local, sino que expresamente explicitan que puede tratarse de experiencia en cualquier Administración Pública, e incluido el personal laboral. Razones todas ellas que determinan la estimación del recurso contencioso-administrativo, anulando las resoluciones recurridas por no ser ajustadas a derecho, con las consecuencias legales que ello comporte en el proceso selectivo.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.1 de la LJCA de 1998.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, esta Sala, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por la Constitución, dicta el siguiente

FALLO

QUE DEBE ESTIMAR Y ESTIMA el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora xxxx en nombre y representación de xxxxx contra la Orden de 1 de septiembre de 2006, de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, por la que se nombran funcionarios de carrera del Cuerpo de Técnicos de Grado Medio, opción Trabajo Social (B.2010); y contra la Orden de 4 de diciembre de 2006 por la que se desestima el Recurso de Alzada por ella interpuesto contra la Resolución de 23 de junio de 2006, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se hace pública la relación definitiva de aprobados y se ofertan vacantes a los aspirantes seleccionados en las pruebas selectivas de acceso libre, para ingreso en el Cuerpo de Técnicos de Grado Medio, opción Trabajo Social (B.2010), (BOJA núm. 129, de 6 de julio de 2006), anulando las resoluciones recurridas por no ser ajustadas a derecho, y declarándose el derecho de la xxxxx a que se le valoren conforme a la Base Tercera 3.1.a) de la Convocatoria, a razón de 0,20 puntos por mes trabajado, los servicios prestados en el Ayuntamiento de T., con las consecuencias legales que ello comporte en el proceso selectivo. Sin expresa imposición de las costas causadas.

(St. de 25 de abril de 2011. Sala de Granada. Ponente Pilar Bensusán Martín)

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

La conversión del Decreto-Ley en Ley y la práctica de las “normas intrusas”

Que el reformado Estatuto de Autonomía ha incorporado importantes novedades en materia de fuentes del Derecho, es una afirmación de la que ya nos hemos hecho eco repetidamente en anteriores crónicas. Y aunque varias de las aportaciones suscitan dudas en lo concerniente a la delimitación de su exacto alcance (como el ámbito material reservado a las leyes de mayoría absoluta *ex art. 108 EAAAnd*), ninguna está generando ni por asomo tantas controversias como la figura del decreto-ley. Con independencia de los problemas que, por naturaleza, suscita una fuente del derecho que reclama la colaboración de dos poderes, es lo cierto que la severa crisis económica y financiera por la que atravesamos ha animado a su utilización intensiva en los últimos meses, proyectándose (y multiplicándose) así en la práctica los interrogantes que esta categoría normativa ya suscita con su solo examen teórico.

Precisamente vamos ahora a ocuparnos de la interesante cuestión desvelada con ocasión de la tramitación parlamentaria del Decreto-Ley 7/2010, de 28 de diciembre, de medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Tal y como se reconocía en su Exposición de Motivos, en el marco de una situación económica condicionada por la pérdida de empleo y tejido empresarial, el Decreto-Ley vendría a sumarse a los “esfuerzos de simplificación administrativa y de mejora de la regulación dirigidos a generar confianza en aquellos agentes económicos que tienen iniciativas para acometer inversiones que puedan favorecer el impulso de la recuperación económica, propiciando la creación de riqueza y empleo en el territorio andaluz”. Y para la consecución de este objetivo, se contemplaban diversos tipos de medidas que pueden sistematizarse en dos bloques. De una parte, “las dirigidas a agilizar la ejecución de grandes proyectos de inversión empresarial que puedan contribuir al cambio de modelo productivo y, por otra, las orientadas a facilitar la generación de tejido empresarial y, en particular, de pequeñas y medianas empresas para dinamizar el desarrollo local y la creación de empleo”. En lo concerniente al primero de los bloques mencionados, el Decreto-Ley establecía “un procedimiento ágil para la de-

claración del proyecto de inversión empresarial de interés estratégico para Andalucía”; de tal suerte que este tipo de proyectos tendrían “una tramitación preferente y urgente, reduciéndose a la mitad tanto los plazos correspondientes a los trámites establecidos en los procedimientos administrativos de la Comunidad Autónoma que deban seguirse para la efectiva ejecución del proyecto, como los plazos para resolver y notificar dichos procedimientos, además de otros efectos de fomento de inversión”. Y en lo relativo al segundo de los bloques, el Decreto-Ley incorporaba “figuras de mejora de la regulación y simplificación administrativa para agilizar la inversión de pequeñas y medianas empresas, como la declaración responsable o la comunicación previa, instrumentos que permitirán a las personas emprendedoras –proseguía la Exposición de Motivos– iniciar una actividad empresarial o profesional de forma ágil y flexible, cambiándose el control previo de las Administraciones Públicas por el control posterior”.

No obstante, el Decreto-Ley incluía alguna decisión cuya relación con las finalidades que lo habían impulsado resultaba cuando menos distante, como la prevista en la Disposición final cuarta de ampliar el plazo de entrada en vigor del canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad Autónoma¹, o la modificación de la fecha de entrada en vigor del impuesto sobre las bolsas de plástico (Disposición final quinta)². Y claramente ajena a dichos objetivos era la medida contemplada en la Disposición final séptima, que abre la posibilidad –limitada al ejercicio 2011– de que el Consejo de Gobierno conceda anticipos a las Corporaciones Locales con cargo a la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma (Disposición final séptima).

Pues bien, dado que el debate y votación sobre su convalidación tenía que producirse entre períodos de sesiones, este Decreto-Ley fue convalidado por la Diputación Permanente en su sesión de 17 de enero de 2011, que acordó asimismo su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia³. Una

¹ El plazo inicialmente previsto en la disposición final octava, párrafo 2, de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía, que disponía su aplicación a partir del 1 de enero de 2011, se amplió al 1 de mayo de 2011.

² Que modificó, en efecto, el párrafo tercero de la disposición final tercera de la Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad, al objeto de fijar la entrada en vigor del referido impuesto a partir del día 1 de mayo de 2011.

³ Tramitación que excluye, sin embargo, el debate de totalidad previsto en el artículo 111 del Reglamento (punto cuarto de la Resolución de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, de 5 de junio de 2008, sobre control por el Parlamento de los Decretos-Leyes dictados por el Consejo de Gobierno).

decisión de la Diputación Permanente que fue ratificada por el Pleno en la sesión convocada los días 16 y 17 de febrero de 2011, de conformidad con lo previsto en el punto quinto de la Resolución de la Presidencia del Parlamento, de 5 de junio de 2008, sobre control por el Parlamento de los Decretos-Leyes dictados por el Consejo de Gobierno. Según dispone el mencionado punto quinto: "De producirse la convalidación por la Diputación Permanente entre períodos de sesiones, y siempre que algún grupo parlamentario manifieste de modo expreso su deseo de que el decreto-ley convalidado se tramite como proyecto de ley, la solicitud será sometida a decisión de dicho órgano. Si la Diputación Permanente se pronunciase a favor, así lo hará constar en el informe que debe presentar al Pleno del Parlamento en la primera sesión ordinaria. En la citada sesión, el Pleno de la Cámara ratificará o no la decisión adoptada. Si el Pleno acordase la ratificación, se remitirá a la Comisión competente para proseguir su tramitación".

En la sesión de 26 de abril, la Mesa de la Comisión de Economía, Innovación y Ciencia calificaría favorablemente y, en consecuencia, admitiría a trámite las treinta y tres enmiendas presentadas al proyecto por los grupos parlamentario Izquierda Unida (13 enmiendas), socialista (7) y popular (13)⁴. A los efectos de esta crónica es necesario reseñar las enmiendas núm. 32 y 33 defendidas por el grupo popular, toda vez que se dirigían frontalmente contra el hecho de que se hubiera incorporado al Decreto-Ley (ahora proyecto) la regulación de materias que no guardaban conexión con los asuntos y finalidades pretendidamente inspiradores del dictado de la norma. En efecto, dichas enmiendas pretendían la supresión, respectivamente, de las disposiciones finales cuarta y quinta, las cuales, como hemos adelantado, versaban sobre el plazo de entrada en vigor del canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad y Autónoma y del impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso. La justificación de ambas enmiendas fue idéntica, a saber: "No se considera oportuna la inclusión y utilización de esta normativa para modificación de textos normativos no relacionados con el asunto que se pretende regular". Así, pues, con estas enmiendas se pretendía atajar una práctica que suele considerarse una relativamente frecuente deficiencia de técnica legislativa, esto es, la inclusión de "normas intrusas"; defecto consistente en incluir en un determinado cuerpo legislativo una norma relativa a una materia ajena a la que constituye el objeto de la ley, lo que evidentemente puede generar incertidumbre sobre la propia existencia de la norma⁵. Sin embar-

⁴ BOPA 669, de 3 de mayo de 2011, pág. 3 y ss.

⁵ Manuel MEDINA GUERRERO: "El control jurisdiccional de los defectos de técnica legislativa", en Pegoraro/Porras Nadales (ed.), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali*, Bonomo/Parlamento de Andalucía/Universidad Pablo de Olavide, Bologna, 2003, pág. 134.

go, estas enmiendas de supresión –al igual que la totalidad de las restantes presentadas por los grupos Izquierda Unida y popular– no serían aceptadas por la Comisión en la sesión celebrada el 4 de mayo, incorporándose por tanto al Informe de la Ponencia únicamente las enmiendas del grupo socialista⁶.

Pero, muy probablemente, desde el prisma de la práctica de las “normas intrusas”, tanto más relevantes que las reiteradas enmiendas lo son dos enmiendas de adición defendidas por el grupo socialista –exitosamente hasta el momento en que esto se escribe–, las número 19 y 20. La última citada propone la incorporación de una nueva Disposición final quinta ter, en virtud de la cual se modifique el apartado 1 del artículo 30 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, que pasaría a adoptar la siguiente redacción “Salvo lo establecido por leyes especiales, las obligaciones prescribirán a los cuatro años”. Y la enmienda núm. 19 es mucho más extensa, ya que, a través de la adición de una nueva Disposición final quinta bis, persigue la modificación de diversos preceptos de la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Sin entrar obviamente en detalles –que llevarían a esta sección a unas dimensiones desusadas–, se apunta la reforma de su artículo 26, referente a la organización del Sistema Estadístico y Cartográfico; del primer párrafo del apartado 2 del art. 28 sobre la Comisión Interdepartamental de Cartografía y Estadística; de los puntos e), f) y j) del apartado 2 del art. 39, relativo al Consejo Andaluz de Estadística y Cartografía, y del apartado g) del art. 30. Además, se incluye en la Ley 4/1989 una nueva disposición adicional segunda (sobre asunción de funciones en materia cartográfica) y tercera (cambios de referencias del ordenamiento jurídico), una nueva disposición transitoria primera (organización y funcionamiento de los órganos colegiados y de dirección) y se modifica la disposición derogatoria única.

Dado que, como parece palmario, ni la prescripción de las obligaciones ni el sistema estadístico y cartográfico parecen mantener una relación directa con la materia objeto del proyecto, la conversión del Decreto-Ley 7/2010 en Ley viene a añadir al problema de las “normas intrusas” el interrogante sobre los límites y posibilidades del derecho de enmienda. ¿En qué medida una enmienda relativa a un asunto por completo ajeno al proyecto o proposición de ley en tramitación no debería en realidad canalizarse como una específica pro-

⁶ BOPA 674, de 10 de mayo de 2011, pág. 3 y ss.

posición? Un interrogante que fue, por vez primera, frontalmente abordado en la STC 99/1987, inclinándose el Alto Tribunal por asumir una concepción formal de enmienda: "(...) no existe ni en la Constitución ni en los Reglamentos de ambas Cámaras norma alguna que establezca una delimitación material entre enmienda y proposición de ley. Ni por su objeto ni por su contenido hay límite alguno a la facultad que los miembros de las Cámaras tienen para presentar enmiendas, exceptuados los que, tanto para las enmiendas como para las proposiciones de ley, fijan los artículos 84 y 134.6 de la Constitución para asegurar un ámbito de acción propia del Gobierno" [FJ 1º b)]. Y, en consecuencia, allá donde no exista ningún condicionante expresamente previsto en el bloque de la constitucionalidad, los órganos rectores de las Cámaras tendrán que admitir la iniciativa por la que han optado los "enmendantes", pues "sólo podrían alterar la que el propio autor del escrito o documento haya hecho cuando efectivamente pueda apoyar esta rectificación en algún precepto reglamentario" [FJ 1º b)]. En resumidas cuentas, a la luz de esta concepción estrictamente formal de enmienda, los órganos encargados de calificar los documentos parlamentarios deben considerar como tal todo escrito que se presente con este carácter. Y en la hipótesis de que la enmienda termine incorporándose al texto definitivo de la ley, aun siendo perfectamente identificable como "norma intrusa", esta eventual "corrección" de técnica legislativa en ningún caso llegaría a adquirir relevancia constitucional:

"En concreto es inadmisibles la consideración de que el art. 32.4 (pensión de orfandad incompatible con trabajo activo) pueda causar inseguridad por incluirse la norma en esta Ley 30/1984 y no en una relativa a clases pasivas o de seguridad social. Lo más que ello podría constituir sería una incorrección técnica, ajena a la jurisdicción constitucional, pues la "materia" regulada por una Ley, desde esa perspectiva, no ha de ajustarse a una pretendida homogeneidad" [FJ 6º c)].

Sucedo, sin embargo, que esta comprensión estrictamente formal de enmienda dista mucho de haberse mantenido permanentemente y sin fisuras en la jurisprudencia constitucional. Así se puso claramente de manifiesto en la STC 23/1990, en la que se resolvió un recurso de amparo interpuesto por diversos diputados de las Cortes Valencianas contra la inadmisión de su enmienda a la totalidad, con texto alternativo, presentada al proyecto de proposición de Ley Orgánica de reforma del art. 12.2 del Estatuto de Autonomía; reforma que pretendía reducir al 3% la barrera electoral del 5% fijada en la versión inicial del Estatuto. Importa reseñar que la enmienda no se ceñía estrictamente a esta cuestión, puesto que pretendía extender la reforma estatutaria a otros asuntos, tales como, por citar algunos ejemplos, la regulación de las Di-

putaciones Provinciales o las competencias en materia de educación. El Tribunal Constitucional desestimaría el amparo al entender que estaba fundada la inadmisión de la enmienda: “Tres son... los requisitos de procedibilidad de estas enmiendas: que sean suscritas por un Grupo Parlamentario (y no únicamente por un Diputado o varios singularmente), que se presenten dentro del plazo reglamentario...y, desde luego, que versen sobre la materia a que se refiere el Proyecto de Ley que tratan de modificar. De cumplirse tales requisitos –el último de los cuales se deduce lógicamente del carácter “alternativo” de las propuestas–, el Presidente o la Mesa de la Comisión han de dar traslado al Presidente de la Asamblea de las enmiendas formuladas, sobre las que habrá de recaer el pronunciamiento del Pleno “ (FJ 5º). Y en el supuesto enjuiciado –proseguiría su argumentación el Tribunal–, «se cumplieron los dos primeros requisitos antes indicados, siendo el tercero –correlación entre proyecto y enmienda– el que se consideró por la Mesa de la Comisión que no concurría, y a ello explícitamente se refiere la motivación de la Resolución impugnada de 29 de noviembre de 1988: deber de la Mesa de “extremar su cuidado... en la congruencia y adecuación del contenido de las enmiendas con el texto al que van dirigidas” y a la práctica parlamentaria, cuando de modificación de leyes se trata, de “circunscribir el procedimiento al texto presentado o, a lo sumo, a algún aspecto directamente relacionado con el texto”». Así, pues, a juicio del Tribunal, nada había que objetar desde el punto de vista del derecho fundamental invocado, toda vez que la Mesa se “atuvo a las normas reglamentarias”: “respecto a la correlación entre proyecto y enmienda, el art. 105.3 del Reglamento de las Cortes Valencianas califica las enmiendas a la totalidad como “las que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto de ley” (FJ 5º).

A diferencia, por tanto, de lo sostenido en la STC 99/1987, ahora se considera necesario mantener unas claras líneas de separación sustantiva entre la enmienda y la proposición de ley; y si bien la STC 23/1990 fundamenta formalmente su decisión en la literalidad del precepto del Reglamento parlamentario regulador de las enmiendas a la totalidad, subyace tras sus argumentos una razón de diferente cuño que justificaría la asunción de una comprensión material de la enmienda, a saber, evitar que por esta vía pudiera eludirse el régimen más riguroso relativo a las proposiciones de ley⁷. Como afirmaría en el repetido fundamento jurídico quinto, con el modo de proceder de los demandantes de amparo, “se desvirtúa lo que es una auténtica enmienda y se con-

⁷ En esta línea, Alberto ARCE JANÁRIZ: “El derecho de enmienda visto por el Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, pág. 166.

vierte el escrito en el que se contiene en otro proyecto de modificación del Estatuto de mucha mayor envergadura en cuanto se pretende modificar otros preceptos estatutarios que no son objeto del proyecto de Ley y, al tiempo, intentar con ello una iniciativa de reforma del Estatuto sin los requisitos de legitimación precisos para ello, establecidos en el art. 61.1 de dicho Estatuto autonómico”.

Esta nueva línea jurisprudencial, lejos de constituir un precedente aislado, tuvo una inmediata continuación en el ATC 275/1993, que también resolvió una demanda de amparo formulada por parlamentarios que entendieron vulnerado su derecho fundamental *ex* art. 23.2 CE con ocasión de la inadmisión de enmiendas. Más concretamente, impugnaron la decisión de la Mesa de la Comisión de Organización y Administración de la Cámara de la Junta General del Principado de Asturias en relación con las veintitrés enmiendas que presentó el grupo parlamentario Izquierda Unida a la Proposición de Ley de Reforma del Estatuto Asturiano; Proposición de reforma que fue presentada por los grupos popular y socialista en el marco de los Acuerdos Autonómicos de 1992, con el objeto de llevar al Estatuto las competencias previamente transferidas por la Ley Orgánica 9/1992. Sobre la base de que el art. 151.6 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, al establecer que las enmiendas presentadas a las proposiciones de ley “sólo podrán referirse al articulado”, está excluyendo las enmiendas a la totalidad, se inadmitirían las enmiendas formuladas por Izquierda Unida por cuanto, aunque estuvieran deducidas en veintitrés escritos, suponían materialmente una enmienda a la totalidad, al afectar al conjunto de los apartados de la Proposición e incluso añadir numerosos apartados nuevos a la futura reforma.

El Tribunal Constitucional consideraría, en línea con el precedente de la STC 23/1990 y a la vista del contenido y alcance de las veintitrés enmiendas, que no hubo vulneración ninguna del derecho fundamental invocado:

«En este contexto, es evidente que en forma alguna puede considerarse irrazonada o atentatoria de derechos fundamentales la decisión de la Mesa de la Comisión que consideró que los recurrentes estaban sobrepasando la posibilidad de presentación de enmiendas al articulado de las proposiciones de ley, tal y como aparece regulado en el art. 151.6 del Reglamento, pretendiendo en realidad una enmienda a la totalidad con texto alternativo, ignorando con ello que la superación de una proposición del debate de toma en consideración supone ya la realización de ese trámite parlamentario, que no puede en consecuencia ser reabierto, y además vulnerando el art. 56 del Estatuto, que establece una legitimación tasada para la iniciativa de la reforma estatutaria, le-

gitimación sobre cuya licitud ya tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en su STC 23/1990, considerándola no atentatoria del art. 23 de la C.E., al hilo del análisis del art. 105.3 del Reglamento de las Cortes Valenciana» (FJ 2º).

A nadie se le oculta que la aplicación al caso del concepto formal de enmienda abrazado en la STC 99/1987 habría conducido inexorablemente a la admisión a trámite de las veintitrés enmiendas, que se habían presentado como enmiendas parciales. En efecto, habida cuenta de que el Reglamento no establecía ninguna restricción ni condicionante específico a este tipo de enmiendas, la Mesa en cuestión no habría tenido otra opción que aceptar la calificación por la que se habían inclinado los promotores de la iniciativa. Por el contrario, la asunción de la tesis material llevaba, también irremediamente, a la inadmisión de las enmiendas, al apuntar las mismas una reforma estatutaria de diferente alcance y significado a la delimitada en la Proposición, que se ceñía estrictamente a la incorporación de las competencias transferidas en la LO 9/1992⁸.

Si su aplicación en el ATC 275/1993 supuso la confirmación de la comprensión material de la enmienda inaugurada con la STC 23/1990, puede considerarse que esta concepción adquirió su mayoría de edad y plena madurez —efímera, por las razones que ahora veremos— con el ATC 118/1999. En el mismo se resolvió el recurso de amparo interpuesto por diputados de la Asamblea Regional de Cantabria contra el acuerdo de la Mesa de la Comisión de Economía, Hacienda, Comercio y Presupuesto, de inadmitir dos enmiendas presentadas por los grupos popular y regionalista al Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas. Más concretamente, se trataba de enmiendas de adición que pretendían la inclusión de nuevos preceptos en la Ley 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública de la Administración Regional de Cantabria; Ley que el Proyecto preveía modificar en algunos extremos. Pues bien, la Mesa fundamentó su decisión de no admitir a trámite el escrito de los grupos popular y regionalista en “la falta de congruencia del mismo con el Proyecto de Ley presentado por el Consejo de Gobierno”.

El Tribunal Constitucional comenzaría recordando, con cita expresa de la STC 23/1990 (FJ 5º), que, además de las exigencias formales que puedan prever los Reglamentos parlamentarios al respecto, es imprescindible para su admisión que las enmiendas guarden una conexión material con el texto legislativo en tramitación: “Descendiendo al supuesto concreto que nos ocupa, en lo

⁸ Véase ARCE JANÁRIZ *op. cit.*, págs. 168–169.

que respecta a las enmiendas a los Proyectos o Propositiones de Ley, este Tribunal Constitucional, en relación con las enmiendas de totalidad de texto alternativo a un Proyecto de Ley, ha tenido ocasión de señalar como necesaria condición de procedibilidad de las mismas, además de satisfacer los requisitos formales reglamentariamente previstos, que versen sobre la materia a que se refiere al Proyecto de Ley que tratan de modificar, la cual infiere del carácter alternativo de la propuesta y cuya concurrencia indudablemente corresponde valorar al órgano parlamentario competente para decidir sobre su calificación y admisión.” (FJ 4º). Componente material que, por lo demás, e importa subrayarlo, se concibe como un integrante consustancial a la propia naturaleza de las enmiendas: “Esta correlación material entre la enmienda y el texto enmendado como condición de procedibilidad es inherente al carácter subsidiario o incidental, por su propia naturaleza, de toda enmienda respecto al texto enmendado”.

La relevancia del ATC 118/1999 estriba, sin embargo, en que la resolución de la concreta controversia planteada exigía ineludiblemente profundizar y perfilar el alcance de dicha “correlación material” (enmiendas que pretenden añadir preceptos a una Ley cuya modificación se contempla en el Proyecto). Y, ciertamente, el Tribunal Constitución no eludió el reto:

“(…) como se desprende también de la doctrina constitucional reseñada en relación con las enmiendas a la totalidad con texto alternativo, para cumplir aquel requisito no es suficiente una genérica correlación material entre la enmienda y el texto enmendado, no bastando que se inscriban en el mismo sector material, sino que es necesario que verse sobre el mismo objeto que el del texto enmendado, lo que no es sino consecuencia de que la enmienda a la totalidad propone un texto alternativo, pero no un objeto alternativo. Ha de existir, pues, entre la enmienda y el texto enmendado una necesaria conexión material o, en otras palabras, como viene caracterizando la doctrina aquel requisito, una relación de homogeneidad, que no de identidad, de objeto.

“Esta conexión u homogeneidad de objeto con el texto enmendado resulta también exigible a las enmiendas parciales o al articulado, las cuales han de ser además congruentes con aquél, en cuanto que, superado por un Proyecto de Ley el debate de totalidad o por una Proposición de Ley el debate de toma en consideración, la iniciativa es aceptada por la Cámara como objeto de deliberación y su oportunidad, principios y espíritu no pueden ser cuestionados o alterados por las enmiendas al articulado, los cuales únicamente pueden cuestionarse a través de las enmiendas a la totalidad, si de un Proyecto de Ley se trata o en el debate de toma en consideración, en el caso de las

Proposiciones de Ley, como así resulta, por otra parte, de las previsiones del Reglamento de la Asamblea Regional de Cantabria (arts. 106.3 y 116.4 y 5, respectivamente)” (FJ 4º).

La cita, aunque larga, era de transcripción prácticamente obligada por cuanto precisa los límites y posibilidades del derecho de enmienda a la luz de la concepción material. Y sólo delimitados estos contornos se estaba en condiciones de resolver sobre la pretendida lesión de derechos fundamentales denunciada:

“(…) en forma alguna puede considerarse irrazonada o atentatoria a los derechos fundamentales la decisión de la Mesa de la Comisión de inadmitir las referidas enmiendas por estimarlas carentes de homogeneidad y congruencia con el Proyecto de Ley. Si bien es cierto, como se afirma en la demanda de amparo, que con aquellas enmiendas se pretendían modificar algunos preceptos de la Ley de Cantabria 4/1993, de 10 de marzo, no lo es menos, sin embargo, no sólo que aquéllas afectaban a preceptos distintos de la mencionada Ley objeto del Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas, sino también, además, que no presentaban la necesaria correlación o conexión con la concreta materia objeto de regulación por los preceptos de la Ley de la Función Pública que se pretendían reformar mediante el Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas, sin que además se esgrimiese en la motivación de las enmiendas razonamiento alguno que permita al menos vislumbrar su conexión con la finalidad de dicho Proyecto de Ley, que no era otra, como se señalaba en la Exposición de Motivos, que la de «contribuir a la mejor y más efectiva consecución de los objetivos que se contienen en la Ley de Presupuestos Generales de la Diputación Regional de Cantabria para 1998»” (FJ 5º).

No obstante la elevada depuración dogmática alcanzada por la concepción material de enmienda en este ATC 118/1999, que permitía sostener el abandono definitivo de la doctrina sustentada en la pionera STC 99/1987, se daría de inmediato un abrupto giro jurisprudencial en la STC 194/2000. En esta ocasión, se trataba de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, que regulaba el tratamiento fiscal de determinadas transmisiones patrimoniales. Pues bien, junto a otras alegaciones de fondo, los recurrentes reprochaban que dicha disposición –ajena, por lo demás, a la materia objeto de la Ley– no figuraba en el Proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes, sino que se incorporó a raíz de una enmienda presentada en el Senado. El Tribunal Constitucional rechazaría, sin embargo, esta alegación en el fundamento jurí-

dico tercero, abrazando de nuevo, abierta y expresamente, la concepción formal de enmienda esbozada en la STC 99/1987: "(...) la enmienda que dio origen a la disposición recurrida encuentra su cobertura en la facultad de enmendar que expresamente reconocen al Senado los arts. 90.2 CE y 107 de su Reglamento..., que no limitan el alcance de las enmiendas senatoriales que modifiquen el texto del proyecto enviado por el Congreso de los Diputados, como ponen de relieve en sus alegaciones las representaciones del Congreso y del Senado personadas en este proceso constitucional. La tesis de los recurrentes, según la cual las enmiendas de adición formuladas en el Senado que supongan una innovación importante deben seguir el cauce legal correspondiente a los proyectos de ley, puede invocar en su favor razones de corrección técnica y buena ordenación del procedimiento legislativo e incluso puede resultar más acorde con la posición constitucional atribuida al Senado en nuestro ordenamiento, pero no se deduce necesariamente del bloque de la constitucionalidad".

En fin, como se desvelaría de inmediato en este mismo FJ 3º, se trataba sencillamente de recuperar en su integridad la doctrina de la STC 99/1987: "Como ya dijimos en un supuesto similar al presente en la STC 99/1987, de 1 de junio, FJ 1, «por su objeto, ni por su contenido, hay límite alguno a la facultad que los miembros de las Cámaras tienen para presentar enmiendas, exceptuadas las que, tanto para las enmiendas como para las proposiciones de ley, fijan los arts. 84 y 134.6 de la Constitución para asegurar un ámbito de acción propia al Gobierno. (...)»". Y aún insistiría sobre este particular: "Precisábamos también en dicha Sentencia que «no existe ni en la Constitución ni en los Reglamentos de ambas Cámaras norma alguna que establezca una delimitación material entre enmienda y proposición de Ley». La doctrina entonces fijada es también de aplicación, con mayor razón si cabe, en relación con la argumentación defendida en este proceso por los recurrentes respecto de la delimitación material entre la enmienda y el proyecto de ley" (FJ 3º).

Manuel Medina Guerrero

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Una reforma del Sector Público de la Administración Andaluza: la vuelta al Derecho Administrativo y la reducción del Gasto Público como principios inspiradores

José Ortiz Mallol

Doctor en Derecho. Letrado de la Junta de Andalucía

El presente artículo analiza la reordenación del sector público iniciada en la Junta de Andalucía por el Decreto-Ley 5/2010¹, haciendo especial hincapié en las motivaciones de la misma y los principales hitos que permiten hablar de una verdadera reforma estructural de la Administración andaluza. La importancia de la reforma operada merece, desde nuestro punto de vista, una serena aproximación a la misma. Con la intención de ofrecer una visión que ayude a enriquecer su debate desde una perspectiva jurídica, se ofrecen al lector las siguientes ideas.

Primero. De la urgencia en la adopción de medidas de reordenación

Como máxima, la reordenación que se hubiera de operar en el sector público andaluz en este contexto de crisis económica y financiera debía –necesariamente– cumplir objetivos de control del gasto público. En su Exposición de motivos, ya el Decreto Ley 5/2010 aludía al Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 15 de junio de 2010, aprobando la modificación del Acuerdo Marco de 22 de mayo, resaltando la necesidad de avanzar en el com-

¹ Este Decreto-Ley, se complementa mediante el el Decreto-Ley 6/2010, aprobado como proyecto de ley en sesión plenaria del Parlamento de Andalucía los días 16 y 17 de febrero de 2011. Sin perjuicio de las sucesivas mejoras que recibe, primero, a través de su tramitación como Decreto Ley 6/2010 y en segundo lugar, como proyecto de ley (esencialmente, en relación con los aspectos relativos a la integración del personal de las entidades privadas suprimidas en las agencias públicas resultantes), permanece incólume el núcleo de la reforma operada en lo que a efectos de este artículo corresponde.

promiso de control del gasto y utilizar la reestructuración del sector público con tal finalidad, avanzando al tiempo hacia la mayor eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios públicos.

Como decimos, es indicativo que la propia Exposición de Motivos del Decreto-Ley 5/2010 situara la finalidad a conseguir como un paso más en la senda marcada por otras acciones gubernativas entre las que cita “*la reorganización de diecisiete centros directivos de las distintas Consejerías y... la supresión de dos Consejerías mediante Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías*”. Por lo tanto, nos encontramos con un proceso a gran escala de reformulación de la Administración de la Junta de Andalucía, el que ya se habían adoptado medidas de contención del gasto en forma de supresión de estructuras de la Administración General, tanto Consejerías como centros directivos de otras tantas sobrevivientes a la reducción de aquéllas. Sin embargo, el esfuerzo de contención del gasto público que era inherente a este adelgazamiento de la Administración General, debía ser acompañado por otro análogo en el campo de las entidades instrumentales andaluzas. Tal necesidad aparece reafirmada desde el momento en que es un compromiso andaluz con el resto de Comunidades Autónomas y con la Administración General del Estado, en una posición institucional que –a su vez– pasa por el compromiso estatal en el entorno internacional, con el objetivo de que el déficit del conjunto de las Administraciones Públicas si situase en el 3% del PIB para el año 2013.

Más allá de las bondades de toda reordenación institucional en términos de eficacia y eficiencia en su propio funcionamiento, la causa detonante de esta concreta reordenación entronca con “*la situación de inestabilidad financiera observada en los mercados estos últimos meses*”, la cual “*obligó, asimismo, a adelantar la reducción de los objetivos de déficit y a adoptar medidas adicionales de consolidación fiscal al objeto de restaurar el nivel de confianza y reforzar el compromiso del conjunto del Estado con la reconducción de los desequilibrios fiscales*”. De manera quizás un tanto críptica, la Exposición de Motivos indicaba las más concretas razones de la urgencia en la adopción de las medidas de reordenación que se abordaban: en el momento en que se produce el Decreto-Ley 5/2010, las medidas de control del gasto adoptadas debían ir acompañadas de otras que dieran la mayor credibilidad a la apuesta por la austeridad en el gasto corriente, para así incidir positivamente en la confianza en la economía andaluza, objetivo de gran importancia en un momento de reducción de los ingresos provenientes de recursos tributarios.

El mensaje, era nítido: se acometía la reducción del gasto público desde medidas coyunturales, pero también desde medidas estructurales, que son las que permiten ofrecer la confianza de que el esfuerzo realizado mantendría en

el tiempo las ventajas adquiridas en términos de eficiencia en el empleo de los recursos públicos². Toda esta idea es la que gobierna la reordenación operada, incluso en la propia estructura del Decreto-Ley 5/2010 que se mantiene en texto finalmente aprobado como proyecto de ley.

El Capítulo primero lleva por título “*Normas generales de organización*” e incluye la modificación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este primer Capítulo tiene la esencia de reforma estructural a la que nos referíamos, de tal modo que no se limita a la realización de medidas coyunturales en entidades instrumentales, sino que se aborda la modificación del marco normativo con la creación de nuevas instituciones que den soporte en el tiempo a las concretas medidas de reordenación del Capítulo II.

Con ello, el nuevo marco normativo incorpora medidas que afectan directamente a la consecución del objetivo de reducción del gasto público. Entre otras posibles, llamamos la atención sobre las siguientes. En primer lugar, el Decreto-Ley supuso una “vuelta al Derecho Administrativo”, lo que fortalece la consideración de las nuevas Agencias como Administración Pública. Con posterioridad profundizaremos en esta idea, pero baste decir ahora que el ejercicio de prerrogativas en la ejecución del contrato necesariamente supone ventajas de índole económica para el erario público. La posibilidad de interpretar, modificar y extinguir el contrato en sede administrativa (sin tener que acudir al mutuo consentimiento con el contratista o, en su defecto, a la jurisdicción Civil) ofrece sin lugar a dudas estos réditos económicos, cuanto menos, de ejecución presupuestaria, dada la ejecutoriedad de los actos administrativos que contrastan con el tiempo medio de obtención de sentencia en sede civil. En segundo lugar, la modificación de la Ley de Patrimonio sujetando a la decisión de la Consejería de Economía la adquisición de acciones o participaciones no mayoritarias en entidades de Derecho Privado es, en sí misma, una medida de control del gasto público de enorme trascendencia al residenciar en un único centro –precisamente, el responsable de diseñar la política económica– la decisión de financiar con fondos públicos, vía adquisición de capital, entidades privadas³.

² En el Consejo de Política Fiscal y Financiera del 24 de noviembre de 2010 se constató la corrección de las medidas que, en su conjunto, Andalucía había desarrollado, permitiendo augurar el cumplimiento del objetivo de endeudamiento regional autorizado

³ Asimismo, debemos resaltar la inclusión en la Ley patrimonial una expresa habilitación para la enajenación de bienes patrimoniales con reserva del uso de los mismos. Esta fórmula obedecía a la necesidad de contar con ingresos adicionales que se obtendrían mediante una especial colaboración público-privada consistente en la adquisición del dominio de bienes patrimoniales

El capítulo segundo se dedica a las “*Medidas sectoriales de organización*”, conteniendo la reordenación en diferentes ámbitos sectoriales, dedicando a cada uno de ellos la correspondiente sección, y así, en el sistema andaluz del conocimiento, en el de la obra pública, en materia de empleo, en el sector sanitario, en el sector agrícola y pesquero, en el de servicios sociales, en materia de cultura, en el de medio ambiente y el agua. La nota que caracterizaba el común de estas medidas sectoriales es la extinción de las entidades instrumentales de naturaleza jurídico-privada preexistentes (sociedades anónimas y fundaciones de mano pública) y su inclusión en agencias públicas sometidas al derecho administrativo, ora en su categoría de agencias de régimen especial, ora en la nueva categoría de agencias públicas empresariales de régimen administrativo.

Estas medidas sectoriales habían de ser consideradas en una acción de gobierno a la que concurre el Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprobó el correspondiente Plan de reordenación del sector público (de la misma fecha que la aprobación del Decreto 5/2010 para su ratificación parlamentaria como Decreto-Ley), documento que presenta la hoja de ruta de la reordenación, incluyendo especialmente la de aquellos actos que, por su propia naturaleza jurídica, no eran del ámbito competencial del Decreto-Ley. En su conjunto, ambas iniciativas gubernativas suponían una muy significativa reducción del número de entidades instrumentales de la Junta de Andalucía, así como la reordenación de otras tantas en agencias públicas.

¿Qué aportan estas medidas de reordenación al control de gasto público? Dos tipos de ahorro. En manera inmediata, uno directo en la medida en que toda reducción del número de entidades supone la consiguiente disminución de cargos directivos, sobre el supuesto de que la reordenación no tenía por objeto la destrucción de empleo público sino –de contrario– su fortalecimiento, según expresamente declaraba la Exposición de Motivos del Acuerdo del Consejo de Gobierno⁴. Esta disminución de cargos directivos habría de suponer la vuelta al puesto de trabajo de plantilla en la misma entidad de que fuera títu-

(edificios de oficinas, que pasan a ser patrimoniales y alienables por decisión del Consejo de Gobierno, según la misma modificación legal) permaneciendo la administración autonómica en el uso de los mismos. Se consigue, de esta forma, una forma de financiación diferida en el tiempo, lo que permite hacer frente a necesidades de tesorería coyunturales, sin que se pierda la ventaja organizativa de la ubicación de las sedes administrativas en edificios idóneos.

⁴ Evidentemente, entendemos por tal el empleo en forma de contratos fijos o definitivos. Los contratos temporales, por definición, quedan sujetos al plazo o al cumplimiento de la finalidad que los motivó.

lar el alto cargo (supuesto ordinario, dado el índice de profesionalidad de estas entidades) o su desvinculación personal del sector público, en caso contrario.

Pero, de manera mediata, el ahorro es mayor: la reagrupación de entidades sin destrucción de empleo público necesariamente lleva a economías de escala al disponer de mayor número de trabajadores para acometer las mismas funciones, lo cual permitiría –con criterios y mecanismos de eficacia al orden del día en la práctica empresarial– destinar parte de esos empleados a nuevas necesidades, o a otras ya existentes que venían externalizándose por falta de suficiente personal. En realidad, este proceso de reagrupamiento –lejos de privatizar– publica la actividad al permitir abordar con recursos propios (y no privados de mercado) fines de estas entidades. Como fácilmente puede comprenderse, estas economías de escala operan asimismo en otros capítulos financieros importantes como son los de contratación de bienes y servicios y el que concierne en general al gasto corriente. La contratación agrupada de bienes y servicios permite obtener las mismas prestaciones contractuales con menor precio, en la medida en que las empresas proveedoras asimismo reducen costes por unidad cuanto mayor es el contrato del que resultan adjudicatarias. En idéntico sentido, el gasto en sedes (alquiler, mantenimiento) y suministros se reduce cuando se agrupan diversas entidades en una misma y se acomete una reordenación de los espacios con criterios de eficacia y eficiencia⁵.

En suma, la reordenación del sector público debe entenderse como respuesta a un momento de crisis financiera y económica que requería de los mayores esfuerzos de contención del gasto público, con medidas de carácter coyuntural acompañadas de otras de índole estructural que permitieran mantener en el tiempo los resultados obtenidos con las primeras. Con la reforma operada, evidentemente, se gana en eficacia, en eficiencia, a la vez que en seguri-

⁵ Aunque no sea materia directa de este artículo, no viene mal significar cómo el espíritu reformista en atención a las necesidades financieras justificó la inclusión de un Capítulo Tercero dedicado a la dinamización del patrimonio agrario, con la correspondiente incidencia en la permanencia de las estructuras orgánicas dedicadas a su gestión. Bien es cierto que estas medidas –esencialmente, de acceso a la propiedad de bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria– podrían haberse acometido en otro momento, anterior o posterior a esta reforma del sector público. Pero es más cierto que su inclusión en esta norma era absolutamente coherente con el leiv motiv de la misma: la necesidad, en tiempos de crisis financiera, de incorporar fondos distintos de los de naturaleza tributaria, sin perjuicio del impulso a la economía privada (en un sector vital en Andalucía) que supone todo proceso de adquisición de la propiedad de la tierra por los agricultores que la explotan.

dad jurídica y garantías para los ciudadanos derivadas de la “vuelta al derecho administrativo”. Pero, con ello, la razón económica debe ser tenida en cuenta en todo momento.

Segundo. Del entorno normativo y de la caracterización de la Administración instrumental andaluza

La realidad administrativa andaluza sobre la que recae esta reordenación venía determinada por los siguientes parámetros: ante todo, desde un punto de vista normativo, por la vigencia de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), ley pendiente de desarrollo en su ejecución en tanto que su Disposición Transitoria única disponía el deber de adaptación de las entidades preexistentes a su nuevo esquema organizativo⁶.

No podemos olvidar que la propia LAJA nació en un momento normativo en el que asimismo nacen otras dos normas, esta vez estatales, que habrían de condicionarla, entre otros ámbitos y de manera esencial, en su regulación de la Administración instrumental⁷. Nos referimos a la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de 30 de octubre de 2007 y al Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril. Como se observa, éste muy próximo y previo a la aprobación de la LAJA y aquélla inmediatamente posterior a la misma. Estas dos leyes estatales crearon un marco que obligaba a reconsiderar aspectos esenciales de la organización administrativa, por cuanto que se incidía en la naturaleza jurídica de los contratos que se celebrasen por determinadas entidades instrumentales y en asuntos que deberían quedar reservados a funcionarios públicos. El desarrollo de una y otra cuestión compondrá la sustancia de posteriores apartados de este artículo, pero baste poner de manifiesto en esta introducción cómo una ley –la LAJA– que

⁶ El apartado 1 de la misma dice, “*Los organismos autónomos y las entidades de Derecho Público existentes a que hacen referencia los artículos 4 y 6.1.b, respectivamente, de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía se seguirán rigiendo por la normativa vigente a la entrada en vigor de esta Ley hasta tanto se proceda a su adecuación a las previsiones contenidas en la misma. Los consorcios existentes a que se refiere el artículo 12 de esta Ley se seguirán rigiendo por lo establecido para estas entidades en el artículo 6 bis de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás normativa vigente de aplicación a la entrada en vigor de esta Ley hasta tanto se proceda a su adecuación a las previsiones contenidas en la misma. En el plazo máximo de tres años a partir de la entrada en vigor de esta Ley deberá haber concluido el proceso de adecuación*”.

⁷ El término de Administración “instrumental” aparece ya en la Exposición de motivos de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, cuando califica a estas entidades como *instrumentos adecuados* para llevar a cabo la descentralización.

tiene por objeto estructurar la Administración de la Junta de Andalucía (y en ella, la Administración instrumental) necesariamente tendría que tener en consideración dos aspectos fundamentales para acometer esta tarea.

En efecto, por lo que respecta a lo primero, hay que tener en cuenta que históricamente, el nacimiento de fórmulas personificadas instrumentales nace y se desarrolla ligado a la ejecución presupuestaria⁸, siendo –por definición– estas entidades, esencialmente centros de contratación de obras, bienes o servicios. De manera exponencial en el común de Administraciones Públicas, la ejecución presupuestaria a través de las entidades instrumentales en España ha ganado peso, desde los orígenes de las mismas en los albores del siglo XX. Es por ello que cualquier decisión sobre la naturaleza de los contratos que celebren, cobra el carácter de “asunto de Estado”.

Por otro lado, el personal de las entidades instrumentales predominantemente tiene naturaleza laboral, en determinadas ocasiones por la propia naturaleza jurídica de la entidad instrumental (societaria, fundacional) y en otras como fórmula característica y no necesaria de su propia organización (entidades públicas empresariales, en una denominación genérica). De ahí que cualquier posicionamiento sobre qué actuaciones, actos o actividades –en suma, qué asuntos– quedan reservados a funcionarios, determina la razón de ser de las propias entidades instrumentales.

Junto a estas consideraciones de índole normativa, aparece un segundo punto de reflexión, dado por las dimensiones y perfiles de la Administración instrumental de la Junta de Andalucía. El juicio acerca de la dimensión de esta Administración⁹ puede atender a múltiples enfoques, alguno de ellos no

⁸ Incluso hoy día, esta razón de ser se explicita en exposiciones de motivos como la que inicia la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, cuando dice que “...en los últimos años, se han buscado soluciones estructurales para intentar solventar problemas de gestión, fundamentalmente de naturaleza presupuestaria...”.

⁹ Absolutamente inapropiado el calificativo de “paralela” cuando usa con el fin de desprestigiar al entramado organizativo. Por definición, dos líneas paralelas nunca se encuentran, se desarrollan inconexas hasta el infinito. Por definición, también, la Administración instrumental está creada, planificada, administrada y controlada por la Administración General, de tal forma que su nacimiento acaece por Acuerdo, Decreto del Gobierno o por Ley; sus órganos rectores están compuestos por cargos institucionales de la matriz; la financiación está íntimamente relacionada con las partidas presupuestarias y su control es múltiple, tanto desde la esfera gubernativa (a través de la fiscalización por la Intervención General), de la parlamentaria (mediante la Cámara de Cuentas) como desde ámbitos de control sectoriales (Registro Mercantil). Por consiguiente, en absoluto estas entidades tienen una vida propia, ajena a la Administración General de la que dependen.

siempre rigurosos en su articulación. La dimensión de toda Administración instrumental debe ponerse en relación con su grado de eficacia y eficiencia, y éstas vienen determinadas por el tipo de prestaciones que realiza y su traslación territorial y poblacional.

En el caso de la Administración andaluza, el modelo político sobre el que se ha basado la acción de gobierno desde los primeros pasos del autogobierno ha pivotado en la prestación generalizada de servicios públicos y en la dotación de infraestructuras que vertebraran el territorio. En cuanto a lo primero, la población andaluza, por volumen y niveles de renta, requería de una acción que resueltamente permitiera el acceso a los servicios públicos de amplias franjas de la ciudadanía. A ello se suma que el avance experimentado por la propia sociedad andaluza en el ejercicio de autogobierno ha supuesto la universalización de servicios públicos para la satisfacción de derechos de segunda y tercera generación. Todo lo cual supone, per se, contar con un aparato prestacional que, tradicionalmente en el común de Administraciones, deriva a la creación de entidades instrumentales que, en parte, enjuguen dichas nuevas necesidades de personal y estructura.

En segundo lugar, el secular déficit de infraestructuras y equipamientos con que Andalucía contaba, llamaba a un esfuerzo inversor para corregir tal carencia, lastre para el desarrollo social y económico andaluz. La adecuada aplicación de fondos estatales y europeos, sumada a las inversiones autofinanciadas, ha transformado el panorama de Andalucía, en una acción que se ha servido de fórmulas instrumentales, a semejanza de lo hecho por otras Comunidades Autónomas¹⁰, para poder emplear convenientemente y en plazo dichos fondos finalistas.

El caso es que el conjunto de las políticas desarrolladas en Andalucía desde la puesta en marcha de la autonomía, ha necesitado de estructuras administrativas que complementaran la de la Administración General de la propia Junta de Andalucía. Y en ello no es baladí considerar que la extensión territo-

¹⁰ Especialmente, en el terreno de las infraestructuras, es tradicional la creación de entidades instrumentales, tanto por el Estado como por las diferentes autonomías, y así a las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado o el Ente Público Aeropuertos Nacionales se suman las empresas autonómicas de infraestructuras GISA (catalana), GICALSA (Castilla-León), ARPEGIO (Madrid), GIASA (Andalucía) GISVEXSA (Extremadura), entre otras tantas, en un fenómeno estudiado –entre otros– por Galán Vioque en “Obras Públicas de interés general”, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2004.

rial de Andalucía y la distribución poblacional de la misma –vertebrada sobre el paradigma de las “ciudades medias”– eran factores que apuntaban a este modelo. A partir de estos mimbres, cuantitativamente, la dimensión de la Administración instrumental andaluza no era, en el momento en que se produce la reordenación que analizamos, ni mucho menos, extravagante –consideremos como escenario el inventario de entidades del sector público que realiza el Ministerio de Economía y Hacienda¹¹– máxime en una comparación ponderada con otras Comunidades Autónomas.

En cualquier caso, lo cierto es que el sistema precedente a la reforma operada contenía un vacío de control, a subsanar en momentos en los que se tiende al control del gasto público. Nos referimos a la adquisición de acciones, par-

¹¹ Consecuencia de los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 10 de abril de 2003 (publicados mediante Orden HAC/2283/2003, de 31 de julio. En el ámbito local, cfr. RD 1463/2007, de 12 de diciembre) y actualizado permanentemente; en la actualidad, la web del MEH ofrece un último informe a fecha de 1 de julio de 2010. La referencia debe –sin embargo y a efectos de este estudio– realizarse con importantes correcciones, entre las cuales necesariamente se ha de presentar la que concierne a la consideración de entidad instrumental, que conlleva per se la exclusión de la propia Administración General (incluyendo las Universidades Públicas como forma específica de organización con autonomía reconocida constitucionalmente, así como las entidades dependientes de las mismas) y de los consorcios, por ser éstos fórmulas asociativas con peculiaridades que los excluyen incluso del propio Título de la LAJA dedicado a la Administración instrumental: su regulación se contiene en el Título I, precisamente en un Capítulo que se dedica a los “instrumentos de colaboración con otras Administraciones Públicas” –art. 12–. De manera similar, en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado no se incluyen en la tipología que crea el Título III, “organismos públicos”, siendo en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común donde se regulan como técnica de relación interadministrativa. Es importante conocer que –según datos del propio Inventario del MEH– las corporaciones locales participan en el 86,6 de los consorcios en los que son parte las comunidades autónomas.

Aprovechamos la referencia a este Inventario para volver a insistir en el importantísimo contenido economicista de esta cuestión: en el punto 7.1 (en la actualización a 1 de julio de 2010) del Documento “Inventario de Entes dependientes de las Comunidades Autónomas” (D.G. de Coordinación Financiera con las CC.AA. y con las EE.LL), se indica que “*La relación entre el inventario de entes y el RD–Leg. 2/2007, por el que se aprueba el TR de la Ley General Presupuestaria nace de los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 10 de abril de 2003, que configuran el inventario de entes dependientes de las Comunidades Autónomas como pieza clave para la correcta determinación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, hecho que, tal y como se señala en dichos acuerdos, “exige que se suministre al Ministerio de Hacienda la debida información a efectos de clasificar las entidades autonómicas de acuerdo con las normas del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales y los criterios adoptados por los órganos competentes europeos para la interpretación de éstas”.*

ticipaciones de capital o similares que den lugar a una posición no mayoritaria. Habida cuenta la carencia de una autorización común a toda adquisición de cuota o participación, la determinación de emplear fondos públicos en tales fines, en el sistema existente en el momento en que se opera la reordenación del sector público andaluz, no se hacía depender de manera directa de una misma autoridad en todos los casos, lo cual impedía asegurar la mayor coherencia en la toma de estas decisiones. Para corregir tal estado de cosas, el legislador acude a la modificación (art. 82) de la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía: el nuevo régimen distinguirá entre la adquisición de la condición de partícipe mayoritario, directa o indirectamente (en cuyo caso se requerirá autorización del Consejo de Gobierno, a propuesta del titular de la Consejería competente por razón del objeto de la entidad y previo informe de las Consejerías con competencias en materia de Economía y de Hacienda) y la adquisición no mayoritaria en entidades de derecho privado, que pasa a necesitar de la autorización de la Consejería con competencia en materia de Economía, con comunicación a la Consejería con competencia en materia de Hacienda. En cualquier caso, en los supuestos en que la participación se realice en el campo de actuación de una entidad dependiente de la Comunidad Autónoma, será de aplicación el mismo régimen, aunque la competencia para autorizar gastos corresponderá al órgano que la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía establezca.

La solución supone abordar —de raíz— el problema. Entendemos que las implicaciones económicas que conlleva toda adquisición de cuotas o participaciones en empresas debe ser la razón que guíe la decisión gubernativa. Es por ello que ubicar dicha autorización en el Departamento competente en materia de Economía resulta congruente con las responsabilidades que son propias de esta Consejería. La existencia de políticas sectoriales, con intereses particulares, debe ceder necesariamente ante la necesidad de coordinar estos intereses desde una dirección única, en sede de Consejo de Gobierno, pues es el Ejecutivo quien tiene la competencia de autoorganización, pero también la de resolver sobre las líneas directrices de política económica, en sus diferentes manifestaciones, entre ellas, la de fomento o la financiera.

Por lo que respecta a la caracterización de dicha Administración instrumental, en Andalucía se había utilizado tanto la forma de personificación pública como privada, en este caso ora mediante sociedades mercantiles (anónimas) ora mediante fundaciones. En particular, la forma jurídico privada era utilizada en determinados ámbitos de importancia como las infraestructuras (la mercantil GIASA), la prestación de servicios medioambientales (EGMASA, asimismo, sociedad anónima) y agrícolas (DAP, ídem), la prestación de servicios

relacionados con el empleo (la fundación FAFE) y de políticas de igualdad (las fundaciones FASS, FADAIS)¹².

Al igual que en relación con el número de entidades participadas, el problema esencial de la tipología de las mismas venía del vacío normativo existente sobre la creación o participación en entidades no expresamente previstas en la normativa reguladora. La reordenación acometida se aplica a dar solución a esta laguna mediante la modificación del art. 52 LAJA, añadiendo un nuevo apartado que hace depender de la autorización del Consejo de Gobierno la decisión de participar en cualquier entidad distinta de las previstas en la legislación sectorial o en aquélla, tanto se produzca esta participación por la propia administración general como cuando son las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, las protagonistas. Podría decirse que se opta de manera decidida por una razón sustantiva y no puramente formal: en verdad, que radique en el Ejecutivo la decisión de actuar a través de entidades instrumentales no puede depender de cuestiones puramente nominativas.

Tanto en uno como en otro extremo (el número de entidades participadas y su forma) se evidencia la necesidad atendida de recuperar para el Ejecutivo la decisión de participar en el capital de entidades, ya sea con una finalidad instrumental o de mera participación financiera. Mas no queda aquí esta potenciación del Consejo de Gobierno en relación con el diseño esencial de la administración instrumental. Llamamos la atención sobre la modificación de los arts. 56 y 59 LAJA que ubican en esta sede la decisión de adscripción de las agencias administrativas y públicas empresariales a una o varias Consejerías o a una agencia, así como la de modificar o refundir las agencias por razones de eficacia, eficiencia y de economía del gasto público en la aplicación de los recursos del sector público, aun cuando suponga alteración de sus fines o del tipo de entidad.

Según se observa, se produce una deslegalización de determinados extremos que, en puridad, son de mero autogobierno, expresión simple de la potestad de autoorganización. A nuestra opinión, es acertado enfoque, por cuanto el elemento de la personalidad jurídica no debe tener un peso tal que lleve al extremo de requerir la intervención del Parlamento cuando de organizar la pue-

¹² Un estudio particularizado de las mismas, en “La Administración instrumental: el objeto social en las sociedades mercantiles públicas de la Junta de Andalucía”, Fernández Luque (Instituto Andaluz de Administración Pública, 2010).

ta en marcha del programa político se trata. Corresponde al Presidente del Gobierno la responsabilidad de cumplir el programa con el que se somete a la investidura parlamentaria y debe quedar en su ámbito de decisión la forma más adecuada para ello, disponiendo la organización tanto del Consejo de Gobierno (como máxima expresión del poder ejecutivo) en el número y distribución de competencias entre las diversas Consejerías, como –en el seno ya del Consejo de Gobierno– disponer el cumplimiento de estos fines a través de entidades instrumentales. Como es natural, el hecho de situar estos actos en sede del poder ejecutivo (ora en actos, ora en disposiciones de carácter general) acentúa su control jurisdiccional por cualquier interesado, en la medida en que permite la impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tercero. De las relaciones de colaboración entre la Administración Pública y la sociedad civil

La férrea muralla que conceptualmente separaba a la actividad pública de la que desarrolla la sociedad civil hace tiempo que venía sufriendo los ataques propios del progreso social y económico. En el entorno geopolítico en el que nos encontramos, el desarrollo económico no se entiende sin una intensa colaboración entre el capital privado y los fondos públicos; de la misma manera, la transformación social hacia la universalización de servicios no tiene cabida fuera de un escenario en el que las formas de gestión públicas y privadas convergen. Ciertamente, siempre queda a salvo –o debe quedar– el ejercicio del imperium por la Administración como premisa que impone el estado democrático y de derecho que hemos construido, pero las formas, los cauces de ejercicio de ese imperium tienden, cada vez más, a participar de instituciones que han sido propias, tradicionalmente, de la sociedad civil.

Esta “escala de grises” ha sido profusamente estudiada en los más variados aspectos del derecho administrativo, desde la “escala de demanialidad”¹³ a la “escala de la publicatio” que engloba servicios públicos versus servicios de interés general¹⁴. En relación con el tema objeto de estudio en estas páginas,

¹³ Aún con las críticas, por insuficiente, que recibe la teoría de la escala de la demanialidad entre autores de la solvencia de Menéndez Rexach (“El concepto de patrimonio de las Administraciones Públicas. Tipología de bienes públicos. La categoría del dominio público”, en “Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas”, Horgué Baena coord., Iustel, 2007).

¹⁴ Entre la abundante bibliografía que analiza esta cuestión, nos remitimos a Souvirón Morenilla (“La actividad de la Administración y el servicio público” Comares, 1998) o a Sendín García (“Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos”. Comares, 2003).

se ha manifestado en la conformación de tres realidades jurídicas: la contratación, la organización y el empleo público. No se pretende desarrollar ahora más que una mera reflexión particular –y aplicada al tema que nos ocupa– sobre ideas que componen el sustrato del derecho administrativo actual, por lo que debemos remitirnos necesariamente a quien antes y mejor han expuesto los rudimentos de estas instituciones.

Es manifiesto cómo la financiación presupuestaria de las infraestructuras públicas hace tiempo convive con fórmulas de financiación público–privadas, en sus diferentes formas. Esta colaboración entre la Administración Pública y el contratista supone una profundización en las relaciones de colaboración que todo contrato administrativo sustancia¹⁵.

Ahora bien, como dijimos, la colaboración –necesaria y deseable– entre la Administración Pública y el empresariado y los profesionales vía contratación de obras, bienes y servicios debe salvaguardar en todo caso la superioridad de los intereses generales sobre los particulares, dando así sentido a la fórmula del estado social y democrático de Derecho. Y ello supone afianzar la figura del contrato administrativo, como aquél en que las relaciones de colaboración se enmarcan en un principio de jerarquía, en una verdadera subordinación de la parte contractual privada a las prerrogativas de la Administración contratante¹⁶. Es indispensable, en aras del interés general, en cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia de la Administración Pública, asegurar la autotutela administrativa a través de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos en la interpretación, modificación, ejecución y extinción de la relación contractual; en otras palabras, reafirmar el ejercicio de las prerrogativas en la contratación de obras, bienes y servicios. Y este discurso vale tanto cuando la contratación se realice de manera inmediata por la Administración General como cuando tenga lugar a través de entidades instrumentales que operen como medio propio de la misma, *in house providing*. Ésta supone una ex-

¹⁵ Un amplio estudio de esta materia, entre otros, en “Nuevo derecho de las infraestructuras”, Ariño & Almoguera. Edt. Montecorvo, 2001.

¹⁶ La defensa del contrato administrativo –frente al privado– como el que mejor se adecua a los fines de mercado por las ventajas de la forma de adjudicación a partir de las conclusiones de la Organización Mundial del Comercio –Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio– se desarrolla por González–Varas Ibáñez (“El contrato administrativo” Civitas, 2003). Por nuestra parte, nos referimos a la preferencia desde una estricta óptica del funcionamiento de la Administración en el cumplimiento de sus fines, en la medida en que el ejercicio de potestades en la ejecución del contrato le otorga una posición de ventaja –sujeta al principio de legalidad y a su control judicial– frente al contratista.

cepción ad intra –esto es, en el círculo doméstico de la obligación de promover la concurrencia al mercado en la prestación de servicios para la Administración Pública¹⁷– pero no ad extra, esto es, en las relaciones que la entidad instrumental mantenga con los terceros contratistas, relaciones que en todo caso se deben fundamentar en la publicidad y concurrencia en fase de adjudicación; pero este mínimo de objetividad en la adjudicación a favor del libre mercado debe también –en la medida de lo posible– extenderse en la ejecución del contrato mediante el ejercicio de prerrogativas, al ser éste un sistema que mejor salvaguarda los intereses generales, idea ya repetida en este artículo. Y esta defensa de lo público debe mantenerse –insistimos, como regla de actuación general– con independencia de la concreta manera de autoorganizarse la Administración, ora a través de órganos administrativos, ora a través de entidades instrumentales personificadas.

Precisamente, en un segundo círculo, aparece la forma de personificación del poder público como escenario de la mezcla de formas de gestión públicas y privadas. Desde nuestra perspectiva, con frecuencia se ha confundido la bondad de emplear formas de gestión propias de las empresas privadas con la adopción de la personalidad jurídico privada como vía de desarrollo de la acción política. Ello ha desnaturalizado unas y otras instituciones, hasta el punto de ligar una determinada forma de actuar (por objetivos, con procedimientos simplificados y sobre principios de confianza propios de las relaciones mercantiles) con formas de organizarse a través de sociedades mercantiles y fundaciones¹⁸.

El resultado producido, a la larga, requiere de una seria reflexión. Porque esa “determinada” forma de gestionar es la que la sociedad hoy día requiere de una Administración Pública moderna (“innovadora”, como es el uso lingüístico en boga), pero sin que ello pueda suponer la pérdida de las garantías

¹⁷ Múltiples disertaciones sobre esta institución, siendo reciente la de Noguera de la Muela (Revista de Administración Pública, núm. 182, may–agosto 2010) “Los encargos in house en la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”.

¹⁸ Resulta llamativo que el art. 2 de la ley de creación del Instituto Nacional de Industria (de 25 de septiembre de 1941) disponga que el mismo, que se crea como entidad de derecho público, “utilizará los métodos de las Sociedades Anónimas privadas para sus fines estatales, pero conservando siempre en la gestión y administración el control del Gobierno”, referencia legal estudiada por Roca Roca (“Las técnicas societarias en la Administración Pública española”, en Administración Instrumental, libro homenaje a Clavero Arévalo, Civitas, 1994).

en la consecución de los intereses generales ni poner en peligro los derechos del ciudadano que son propios del estatus de administrado¹⁹. En suma, la eficacia y la eficiencia en la actuación administrativa no puede tener como precio a pagar la pérdida del imperium, del ser Estado²⁰.

De esta forma, tendrá sentido que la Administración Pública recurra a formas societarias cuando de lo que se trate sea de ejercer una posición jurídico-privada de accionista (por razones financieras o incluso de fomento), y no de la tenencia de la mayoría del capital para hacer políticas prestacionales²¹. Asimismo, tendrá sentido que la Administración utilice formas fundacionales cuando exista un patrimonio privado destinado con exclusividad a determinados fines de interés general cuya gestión directa (vía patronato) se encomiende a la Administración, o incluso cuando la propia Administración disponga de la aplicación, por una vez, de unos fondos a un fin específico, teniendo a partir de ese momento tal patrimonio vida propia, en conjunción con otras aportaciones privadas al mismo fin. Pero no cuando se trate de realizar políticas de prestación de servicios públicos con aportaciones de patrimonios sucesivas, en una interacción directa con la planificación específica de aquellas políticas.

En este repaso a las manifestaciones en las que se muestran los perfiles difusos de lo tradicionalmente considerado como público y lo privado, aceptemos que las relaciones de empleo público han sufrido una honda transformación que se caracteriza por la “contaminación” mutua entre las dos formas vi-

¹⁹ Es novedad de la aprobación como Ley la inclusión en el artículo 1 de un contenido que —precisamente— por resultar obvio adquiere el mayor significado: los ejes de la reordenación “presente o futura” serán la atención a la ciudadanía, el interés general y la calidad de los servicios públicos, fines a los que quedan supeditados los principios de simplificación y racionalización de la estructura administrativa.

²⁰ Clarificadores resultan el estudio y las conclusiones de Ariño en “Estado de Derecho y huida del Derecho”, en “Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica”. Ariño Ortiz. Comares, 2001.

²¹ Villar Palasí resume gráficamente la disfunción: “una empresa mercantil dictando actos administrativos: tal es el resultado de este extraño maridaje entre las formas mercantiles y la sustancia o contenido de la actuación de tales empresas” (“Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas”, en “Administración instrumental, libro homenaje al profesor Clavero Arévalo, tomo I, Civitas, 1994”). En el mismo sentido, Fernández Farreres (“Administraciones instrumentales”, pág. 356 en “Estudios para la reforma de la Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004”): “La utilización instrumental de dichas sociedades habría de reconducirse a sus justos términos, ciñéndose al desarrollo y ejecución de actividades industriales y mercantiles, con sujeción plena, sin excepción, al Derecho Privado”.

gentes de establecer dicha relación jurídica. En principio, la inamovilidad del puesto y el acceso por fórmulas que se traducen (como esencia del sistema) en una oposición o concurso libre sería propio a aquellos puestos ligados al ejercicio del imperium, de las potestades públicas. Como contrapartida, el estatus funcional tiene (en puridad, de natura) la nota de ser una relación de sujeción especial que pivota sobre el estricto principio de autoorganización, de la potestad doméstica, dando lugar a una institución “acontractual” en la que *“el funcionario se gobierna, en relación con las condiciones de empleo y trabajo, por las normas legales y reglamentarias dictadas por los órganos competentes de los diversos poderes públicos”*²². En el otro extremo, el régimen laboral, sujeta a la una mayor flexibilidad en la contratación del trabajador y en la posibilidad de extinguir el contrato en los términos legalmente establecidos con carácter general y con la contrapartida de la negociación colectiva como elemento de regulación autónoma y de control de las facultades del empresario.

Este esquema inicial, ha derivado en la práctica hacia fórmulas complejas, en las que existen puestos de funcionarios que tienen por objeto tareas alejadas de aquellas que les están reservadas, a la vez que en las distintas Administraciones se ha consolidado el principio de negociación, sindicación y huelga que condiciona cómo se realice la potestad doméstica; de la misma forma, en la práctica, la permanencia en el puesto de los trabajadores laborales con contrato fijo o indefinido se asemeja a la inamovilidad. En palabras de Rodríguez Ramos, *“el esquema inicial ha derivado en un sistema mixto de función pública, que presenta caracteres del sistema abierto de influencia norteamericana y del cerrado de influencia francesa; del primero por la creciente, cuantitativa y cualitativa laboralización y del segundo resta el sistema de provisión de puestos, la oposición y el concurso, la inamovilidad geográfica y la estabilidad de por vida, aunque incluso estos aspectos han sido matizados por las sucesivas reformas legislativas”*. Y, ante todo, el esquema se encamina en la práctica hacia fórmulas complejas porque es la naturaleza de la entidad pública o del sector público la que condiciona la tipología (única o muy predominante) de la relación contractual y no –como debiera– la realización de un estudio específico de las funciones que se han de desempeñar en el concreto puesto de trabajo sostenido con fondos públicos.

²² Rodríguez Ramos en “Teoría general sobre la relación de empleo público y el estatuto de los funcionarios públicos: contenido”, en “Materiales para el estudio de la Administración Pública”, Rodríguez Ramos & Pérez Borrego, coord., Universidad Internacional de Andalucía, 2004.

En los tres ámbitos a los que acabamos de referirnos inciden, conjuntamente, los dos preceptos a los que hacíamos referencia en el primer apartado de este artículo. La legislación de contratos lleva a formas privadas las relaciones que se realicen por determinadas formas de organización instrumental, y la legislación de empleo público introduce la salvaguarda (que al mismo tiempo es criterio distintivo para catalogar los puestos de trabajo) de qué funciones deban ser realizadas por funcionarios públicos.²³ Cómo se produce esta incidencia y cómo se ha resuelto por la reforma operada será objeto de estudio inmediato.

Cuarto. En particular, el dilema de cómo adaptar la LAJA al marco estatal de contratación pública y de empleo público

El artículo 3.2 LCSP taxativamente dice que “*no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asi-*

²³ A propósito, debemos simplemente apuntar un hecho: desde un punto de vista de la Unión Europea, el principio de libertad de movimiento en la prestación de servicios por los nacionales de los países miembros deriva a la limitación de los empleos públicos que sólo puedan ser ocupados por nacionales de ese concreto Estado. Por definición (art. 56 EBEP) los puestos de funcionarios quedan reservados a españoles; los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea pueden acceder como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas (art. 57.1 EBEP). La utilización por los Estados miembros de la excepción del art. 39.4 del originario Tratado de la Comunidad Europea –hoy art. 45 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del funcionamiento de la Unión Europea– cuando permitía que los Estados miembros pudieran establecer limitaciones a la libertad de circulación de los trabajadores, aplicables a las personas, ha supuesto –en palabras de Linde Paniagua “Políticas Comunitarias” Cap. III, Edt. Colex, 2001– “*uno de los obstáculos más relevantes al ejercicio de la libertad de circulación de los trabajadores, no obstante la interpretación restrictiva que ha llevado a cabo el Tribunal de Justicia*”. Y se refiere el citado autor a que el Tribunal, desde temprano, ha afirmado que la determinación de los empleos que pueden incluirse en el apartado 4 del art. 39 depende de que los mismos sean o no característicos de las actividades específicas de la Administración pública “*en tanto que investida del ejercicio del poder público y de la responsabilidad para la salvaguarda del interés general del Estado*” (St. de 17 de diciembre de 1980), y de manera aún más firme en la la STJ de 2 de julio de 1996 al exigir que esta limitación a la libre circulación se circunscriba en la utilización de los puestos de funcionario y de empleado público “*que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen, pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad*”.

milados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales”, teniendo por tanto la consideración de poder adjudicador. Esta norma (recordemos su carácter básico según la Disposición Final séptima) implica la inclusión en el grupo de entidades que no son Administración Pública a efectos del ejercicio de prerrogativas, de entidades como la Agencia de Puertos de Andalucía, la Empresa Pública de Suelo de Andalucía, el Ente de Infraestructuras Escolares o el Ente de Ferrocarriles Andaluces. Por su parte, el art. 9.2 del EBEP dice 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.”*, precepto que marca una línea divisoria que determina la decisión de creación de entidades instrumentales o, al menos, su tipología²⁴.

Tal y como se dijo, la total aplicación de la LAJA quedaba pendiente de la transformación de las entidades instrumentales preexistentes a las categorías que la misma define. Próximo a llegar tal plazo, el dilema consistía en realizar una simple adaptación de la tipología de las entidades, o aprovechar el momento para abordar, desde el principio de seguridad jurídica, la modificación legislativa que permitiera alinear el ordenamiento andaluz a las exigencias derivadas de la normativa estatal y –con ello– garantizar la eficacia y eficiencia en el funcionamiento de las entidades instrumentales y la reserva al funcionamiento de las funciones que dispone la ley.

La reforma del sector público operada en Andalucía optó por esta segunda²⁵. En sí misma, tanto el Decreto-Ley 5/2010 como el 6/2010 y su aprobación como Ley deben entenderse consecuencia directa de la reordenación general de la Administración andaluza, sector público incluido, que supone la entrada en vigor de la LAJA. Pero, más allá, suponen una consecuencia directa

²⁴ No es momento ahora de profundizar la atención sobre la idoneidad sistemática de situar una regla general de reserva de funciones a funcionarios públicos en un artículo –como es el 9– dedicado a los “funcionarios de carrera”, por más que existan remisiones al régimen normativo de éstos para con otros tipos de funcionarios (art. 10.5, referido a los funcionarios interinos).

²⁵ La posición contraria que el Grupo Parlamentario Popular mantuvo a la Ley estatal 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos se fundamentaba en que el citado proyecto de Ley *“no aporta, en el ámbito de los organismos públicos, una innovación que en definitiva encare una reforma en profundidad de ese sector público y de la Administración General del Estado, en su conjunto...”* (BOCG núm. 63, de 19 de mayo de 2006). Por la misma razón, suponemos que sería de aplaudir esta voluntad de reordenar en profundidad el sector público andaluz.

de las bases legales establecidas por el Estado. Analicemos más detenidamente la problemática que se presentaba.

Por lo que respecta al art. 3 de la LCSP, su aplicación conllevaba la inclusión de las principales entidades instrumentales andaluzas gestoras, al campo de los poderes adjudicadores. Entidades públicas como la Empresa de Suelo, el Ente de Ferrocarriles, la Agencia de Desarrollo Empresarial, el Ente de Servicios Educativos o la Agencia de Puertos –todas ellas, entidades públicas de las que se habrían de considerar “asimiladas” a efectos del artículo 3 LCAP– perderían las ventajas para la ejecución presupuestaria que supone el ser Administración Pública en sus relaciones contractuales²⁶. Avanzando más allá en la potencia reformista que se habría con el nuevo escenario, la aprobación de norma con rango suficiente –ley– permitiría la creación de entidades instrumentales públicas con carácter de Administración Pública en sectores en los que la personificación instrumental venía vistiendo naturaleza jurídico–privada (sociedades anónimas y fundaciones, de mano pública unas y otras), lo cual avanzaba en la idea de publicación de las entidades instrumentales²⁷.

²⁶ La paradoja la resume acertadamente Gimeno Feliu: “Esta decisión del legislador implica una evidente desconexión con la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con la LOFAGE, con la LRJAPyPAC y con la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (entre otras) ya que además de utilizar un concepto de sector público distinto, se opta por abandonar categorías aceptadas por el Derecho Administrativo al afirmar que las Entidades Públicas Empresariales–y sus equivalentes autonómicos y locales no tendrán la consideración de Administración Pública” (“Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos”, pág. 56, Civitas, 2010).

²⁷ La tendencia a corregir la deriva iusprivatista en la Administración instrumental es razón de ser en la Exposición de Motivos de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias especiales para la prestación de servicios públicos, de tal forma que la fórmula de Agencia se constituye como el modelo tipo de organismo público a crear, lo cual lleva a “que los ciudadanos puedan visualizar de manera clara cuáles con los fines de los distintos organismos públicos y los resultados de la gestión que se ha encargado a cada uno de ellos, así como la forma en que se responsabilizan sus gestores por el cumplimiento de los objetivos que previamente han sido fijados de forma concreta y evaluable” (Pérez Gálvez en “Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos”, pág. 96, Comares, 2007). Entendemos que en el caso andaluz, la reforma operada por el Decreto Ley 5/2010 incide en reafirmar ésta como la pieza clave del sistema, y de hacerlo reforzando su carácter público, siendo ésta la razón por la que se modifica, clarificándolo, el artículo 57 LAJA añadiendo un nuevo apartado 2 al artículo 57, según el cual “Las personas titulares de los máximos órganos directivos a que se refiere el párrafo a) del apartado anterior, ejercerán las funciones que les atribuyan los estatutos de la agencia, cualquiera que sea el régimen jurídico de vinculación de las referidas personas.”. En suma, se insiste en la posibilidad de ejercer potestades, situando a los directores gerentes de las agencias en una posición similar (a efectos funcionales, que no de status) a los centros directivos de la administración general: se incide en el nombramiento del director gerente como acto de gobierno con independencia de su ligamen contractual (de ordinario, un contrato laboral de alta dirección).

La solución natural consistía, pues, en “pasar” a la categoría de Administración Pública tanto estas entidades públicas empresariales preexistentes, como a las entidades privadas del sector público. Ahora bien, el título competencial en función del cual se dictó el art. 3 LCSP exigía la no sustitución de la categoría referida en el mismo (y existente en el ordenamiento andaluz) por otra, sino la creación de una alternativa. Lo contrario habría supuesto dejar vacía la remisión de la norma estatal, por no conducir a puerto alguno, con lo que se hubiera puesto en entredicho la competencia estatal relativa a las bases de la contratación administrativa y al régimen de las Administraciones Públicas²⁸.

La apuesta organizativa de la reordenación presenta la creación de dos “subespecies” dentro de la categoría de las Agencias Públicas Empresariales, de tal modo que se distingue entre Agencias –siempre entidades públicas– que se someten esencialmente al Derecho privado y aquellas que se rigen esencialmente por el Derecho público.²⁹ La primera de ellas, la regida por el Derecho Privado, habría de ser la ligada por la remisión a los “organismos asimilados”

²⁸ Recordemos que el art. 149.1.18 atribuye al Estado competencia exclusiva sobre “*Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.*”

²⁹ En la nueva redacción el art. 68 LAJA queda con el siguiente tenor literal: “*1. 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 sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de éstas. Las agencias públicas empresariales pueden ser de dos tipos: a) Aquellas que tienen por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación. b) Aquellas que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías y en el marco de la planificación y dirección de éstas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado.*”

Se ha de tener en cuenta que el nuevo art. 69, al establecer el régimen jurídico de una y otra subcategoría, determina que: “*Las agencias públicas empresariales a que hace referencia el párrafo a) del apartado 1 del artículo 68 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 esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.*”

del art. 3 LCSP, por lo que la segunda subcategoría quedaría no afectada por las bases estatales que determinan su catalogación como poderes adjudicadores, permitiendo a la Comunidad Andaluza, en el ejercicio de su competencia de autoorganización, definir su estatus como verdaderas Administraciones Públicas, toda vez que esta decisión se sitúa fuera de las murallas del círculo de competencia exclusiva estatal.

Esta apuesta es coherente con la naturaleza para la que se hacen nacer unas u otras agencias. Las de régimen privado tienen por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación. Subrayamos que actúan en “régimen de mercado” y mediante contraprestación. Suponen una personificación pública destinada esencialmente al ejercicio de la capacidad de obrar privada, más allá del necesario tributo a la aplicación del régimen público en la organización de sus órganos de gobierno y en el ejercicio de potestades públicas. Por el contrario, el segundo subtipo va dirigido a la actividad prestacional mediante auténticos instrumentos de la acción pública de gobierno, siendo el ejercicio de potestades públicas su forma natural de actuar. De una y otra caracterización resulta el acomodo dentro del conjunto de los poderes adjudicadores de la primera subcategoría y la necesidad de ser considerada como verdadera Administración Pública de la segunda³⁰. Las relaciones de mercado que son el paradigma de la primera subcategoría son incompatibles con el ejercicio de prerrogativas, de la misma forma que la actuación fuera de mercado de las segundas requiere de tales prerrogativas en su actividad directamente instrumental de las políticas de prestación de servicios.

Las agencias públicas empresariales a que hace referencia el párrafo b) del apartado 1 del artículo 68 se rigen por el Derecho Administrativo 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 esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera”.

³⁰ De ahí el nuevo régimen del artículo 62 LAJA, según la reforma operada: “*El régimen de contratación de las agencias, salvo las agencias públicas empresariales previstas en el artículo 68.1.a), será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público. El régimen de contratación de las agencias a que se refiere el artículo 68.1.a) se regirá por las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público respecto de las entidades que, sin tener el carácter de Administraciones Públicas, tienen la consideración de poderes adjudicadores”.*

Evidentemente, se realiza una reforma orientada a la publicación en el campo de las relaciones contractuales del sector público andaluz³¹. A partir de este esquema argumental, el Capítulo II de la norma que glosamos acomoda el grueso de las entidades públicas empresariales preexistentes en la subcategoría de entidades de régimen administrativo, en una acción puntual que no empece la adscripción de las restantes entidades públicas no incluidas a una u otra subcategoría en los términos del mandato recogido en la Disposición Transitoria de la LAJA.

El segundo gran problema que se suscitaba era la adaptación a lo dispuesto por el art. 9 EBEP. Ciertamente, este problema apareció como consecuencia de determinadas resoluciones judiciales que, de alguna forma, entraban a considerar la nulidad de determinadas encomiendas realizadas a entidades instrumentales por la inexistencia de funcionarios públicos en la realización de tales tareas³², por más que la Disposición Transitoria Segunda del propio EBEP da ciertos márgenes temporales.³³

La cuestión resulta clave, dado que de entre las diversas formas instrumentales de que se dota la Administración andaluza a través de la LAJA, sólo dos cuentan con funcionarios públicos en sus estructuras: las agencias administrativas y las de régimen especial. Ni las público-empresariales³⁴, ni las for-

³¹ Fernández Luque habla de que las normas del Decreto-Ley suponen “*en cierta medida, un alcance del Derecho Administrativo a las entidades de derecho público*”, siendo las entidades instrumentales privadas las “*formas jurídicas más damnificadas*” (“La Administración instrumental: el objeto social en las sociedades mercantiles públicas de la Junta de Andalucía”, págs. 151 y ss. (Instituto Andaluz de Administración Pública, 2010).

³² Ciertamente, no demasiadas, pero que apuntan la trascendencia del asunto. Como ejemplo, la St. TSJA 25-5-2009, anulando una encomienda a FAFPE por incluir el ejercicio de actividades que necesitarían –en opinión del juzgador– del ejercicio de potestades públicas reservadas a funcionarios.

³³ “*Personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario. El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.*”

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.”

³⁴ “*El personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el derecho laboral*” (art. 70 LAJA). En idéntico sentido, para las sociedades mercantiles y fundaciones de mano pública (arts.

mas instrumentales jurídico-privadas (sociedades mercantiles y fundaciones de mano pública) integran personal funcionario.

Una primera posible solución supondría la universalización de las agencias administrativas y las de régimen especial como únicas formas instrumentales. El problema surge desde una perspectiva organizativa, ya que estas formas no son idóneas para según qué tipo de actividades, dada la idiosincrasia en su funcionamiento interno. Por lo tanto, había que explorar la posibilidad de integración en agencias públicas empresariales, salvo en aquellos supuestos en los que la actividad desarrollada por las entidades privadas instrumentales afectadas por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de junio de 2010 pudiera (y debiera) seguir en manos de entidades privadas resultantes, como era el caso de la promoción y gestión de áreas logísticas (sociedad anónima de mano pública) o la investigación biomédica (fundaciones de mano pública), entre otras citadas en su Anexo. Claro está que esta posibilidad tenía como requisito el desarrollo de una actividad por completo ajena al ejercicio de potestades. En caso de ser necesario, para la correcta realización de la actividad de interés público, el ejercicio de potestades públicas, la solución tendría que pasar obligatoriamente por la integración en una agencia pública.

La decisión normativa se que se adoptase tendría que abordar una cuestión previa, de gran calado en el debate social nacido ya con ocasión de la aprobación del Decreto-ley 5/2010 y que ha sido protagonista en la tramitación parlamentaria como proyecto de ley de la norma finalmente vigente. Nos referimos a la razón ontológica para “integrar” al personal de las entidades privadas que se extinguían dentro de las agencias que se creaban. No imaginamos un escenario en el que la extinción de entidades instrumentales privadas hubiera supuesto el despido en masa del personal de las mismas. La magnitud de servicios públicos cuyo normal desenvolvimiento dependían, en uno u otro grado, de la actividad desempeñada –la extinción de incendios (personal de EGMASA), la atención e incorporación social de drogodependientes (FADAI) o la construcción y mantenimiento de la red de carreteras (GIASA), entre otras tantas–, abocaba a un escenario caracterizado por su mantenimiento en el esquema organizativo resultante. En suma, se optó por integrar las entidades instrumentales privadas de mano pública que se extinguían, en otras públicas que se creaban; no de extinguir aquéllas sin más.

77 y 78 LAJA). El régimen en las entidades públicas empresariales locales ha sido objeto de estudio por Montoya Martín (“Las entidades públicas empresariales locales”, Iustel, 2006, pág. 139 y ss.), advirtiendo cómo la regla general es el régimen laboral, aunque con excepciones. Sin duda, debidas a la categoría única de tal institución en el ámbito local.

Desde un punto de vista jurídico, la cuestión quedaba resuelta con el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que la nota de dependencia que liga a la Junta de Andalucía como matriz con las entidades instrumentales afectadas coincide con la “*identidad de la entidad económica entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica*”, siendo este conjunto el que compone el entramado organizativo de entidades y órganos y la finalidad la consecución de los fines y objetivos a los que se debe la Administración andaluza.³⁵ Sin embargo, el debate social se ha centrado en el concepto “empleado público”: esto es, si dentro de tal sintagma habría de reconocerse también el personal al servicio de las entidades instrumentales de naturaleza jurídica privada. El trasfondo de la cuestión radica en la “legitimidad” social de la norma aprobada en la medida en que el mismo supusiera, per se, la adquisición por este personal de un “nuevo status” de empleado público, como consecuencia del paso de la relación laboral desde una entidad instrumental privada a una agencia pública.

Una interpretación literal nos llevaría a sostener que “empleado público” es todo aquel que tiene una relación estatutaria con una entidad perteneciente al sector público, ya sea de naturaleza funcionarial o laboral, quedando excluidas, lógicamente, las relaciones regidas por la legislación de contratos administrativos o mercantiles. Ello supondría la inclusión del personal de las sociedades mercantiles y las fundaciones de mano pública en este concepto, de tal forma que la subrogación de la parte contratante –una agencia pública en lugar de una entidad instrumental privada– no supondría cambio en tal status.

En efecto, la subrogación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores implica el mantenimiento de la relación laboral en sus justos términos, con la sola modificación de la entidad contratante. No cambia el tipo de contrato laboral que existiera (temporal, fijo, indefinido), no cambian las condiciones laborales (se mantiene la sujeción a las establecidas en el convenio colectivo previo) y por supuesto, no supone el acceso a otra relación jurídica distinta como es la

³⁵ “Artículo 44. *La sucesión de empresa. 1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. 2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio*”.

que sustancia el vínculo funcionarial o laboral de la Junta de Andalucía como persona jurídica³⁶.

El problema (el aparente problema) deviene de un erróneo enfoque que se haga del art. 2 del EBEP cuando, referido a su ámbito de aplicación, dice aplicarse “*al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral de las siguientes Administraciones Públicas:... los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas*”. El EBEP se dirige al personal de las Administraciones Públicas, siendo esta idea fuerza la que asimismo sostiene el art. 7 (“*El personal laboral de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan*”) y el art. 8 (“*Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales...*”).

Decíamos que un erróneo enfoque de estos preceptos puede llevar a desvirtuar la percepción real de la cuestión, en tanto que al EBEP se le atribuyan efectos y fines distintos de los que realmente son propios. El EBEP no tiene por misión definir qué sea el sector público, cosa que corresponde a otras normas, tanto estatales (en lo que tengan de bases del régimen de las Administraciones Públicas) como autonómicas en el principalísimo ejercicio del autogobierno sustanciado en la autoorganización. Por consiguiente, si queremos determinar si el personal de las entidades instrumentales de mano pública pertenece al conjunto de empleados del sector público, tendremos que acudir a otra fuente y en el caso de la Administración Autónoma, a la LAJA y la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LGHPCA) en la medida en que la misma rige los fondos públicos.

A estos efectos, debemos recordar que la DA Primera del EBEP dicta que “*Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las*

³⁶ “*El 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*”... “*Los convenios colectivos, sí como los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos, 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*”. El protocolo de integración referido supone un instrumento de encaje de las situaciones particulares de cada trabajador en la nueva estructura y organización resultante, y “*se aprobará 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*”. (DA 4ª, letras b, e y g del texto aprobado como Ley).

entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica". Entendemos que la remisión normativa realizada debe ser interpretada a partir de la expresión "...y que estén definidas así en su normativa específica". El "así" se refiere –necesariamente– a "sector público", por lo que en el caso andaluz, dicha remisión normativa queda resuelta con la LAJA (Cap. III, Tít. III) y la LGHPCA (art. 6 bis), que incluyen en el sector público a las entidades instrumentales privadas de mano pública, tanto las sociedades mercantiles como las fundaciones.

De lo dicho resulta coherente que la Secretaría General para la Administración Pública dictara unas Instrucciones de 5 de junio de 2007 para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE núm. 150, de 23 de junio) según las cuales –Apartado 4, e igualmente, apartado 12: "*A las entidades del sector público estatal comprendidas en el art. 2 de la Ley 47/2003, de 24 de noviembre, General Presupuestaria*³⁷, les serán de aplicación los principios de los artículos 52 (*Deberes de los empleados públicos. Código de conducta*) y 59 (*Personas con discapacidad*), así como lo dispuesto en los artículos 53 (*Principios éticos*), 54 (*Principios de conducta*) y 55 (*Principios rectores de acceso al empleo público*)". Hay que tener en cuenta que dichas Instrucciones generales contienen "*los criterios de interpretación necesario para lograr una actuación coordinada y homogénea de los responsables de la gestión de los recursos humanos*".

Entiéndase que, en lo que respecta en particular al régimen de acceso al empleo público, el art. 55 EBEP es el que sujeta a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad la selección del personal, haciéndolo extensivo –además– a los principios de publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección. Y es que ya el Tribunal Constitucional en Ss 133/1989 y 160/1990 se había pronunciado haciendo vinculante el art. 23.2 para los casos de que los actos de las empresas públicas puedan ser incluidos dentro del concepto de "función pública", lo cual necesariamente debemos reconducirlo al campo de la realización de la actividad administrativa desde una perspectiva amplia, en la que las empresas públicas se integran en el

³⁷ Dicho precepto incluye las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal (letras "e" y "f" del apartado 1º).

mecanismo público de prestación de servicios, fomento o policía, por ser parte en sí mismas de la estructura dedicada a tales fines desde lo público, no siendo exigible –por reducción al absurdo– que ejerzan potestades ni que integren en su régimen de personal a funcionarios públicos para que mantengan esta consideración. Claro está que la interpretación que defendemos supondría no incluir dentro de la garantía del art. 23.2 a las empresas participadas con fondos públicos en los cuales la Administración se limite a cumplir un papel puramente patrimonial, con una finalidad inversora de capital, caso que no es el que se da en el conjunto de entidades privadas de mano pública afectadas por el proceso de subrogación propiciado por la reforma operada.

Por consiguiente, para el caso de que el EBEP resulte ser el argumento decisivo de qué sea “empleado público” a efectos de su acceso a una agencia pública, el bloque de legalidad nos lleva a considerar, a estos efectos, empleados públicos al personal laboral de las sociedades mercantiles y las fundaciones de mano pública. Nada nuevo que no se hubiera dicho antes por doctrina³⁸ y jurisprudencia³⁹ e incluso en la propia normativa, siendo paradigmático que el art. 4 de la Ley 10/2005, de 32 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, respecto de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establezca que “*la selección del personal de*

³⁸ El Grupo de expertos (en esta materia, Román Riechmann, Sánchez Morón y Velásquez López) para el estudio de las principales líneas de reforma de las Administraciones Públicas constituido por Orden APU/1014/2003, de 25 de abril (pág. 481 en “Estudios para la reforma de la Administración Pública”, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004) sostenía que “...estimamos necesario que se considere y se contabilice como empleo público también el de las sociedades mercantiles, fundaciones y otras entidades de naturaleza privada participadas total o mayoritariamente por las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos o entes públicos. No sólo a efectos estadísticos y porque responde a una realidad económica. Además, porque es preciso aplicar a dicho personal –a su selección, promoción, deberes y responsabilidades– los principios generales del empleo público, sin perjuicio de sus peculiaridades...”. De otro lado, la doctrina había abordado ya esta cuestión, y así es oportuno llevar a cita el trabajo de Montoya Martín (“Las empresas públicas sometidas al Derecho privado”, Marcial Pons, 1996), págs. 574 y ss.

³⁹ Como ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de Abril de 2009 “Tomando en consideración que la sociedad estatal recurrente pertenece al sector público, que en la selección de su personal se aplican los mismos criterios que a las Administraciones Públicas, pues ha de contratarse mediante oferta pública de empleo, en la que se ofertarán las plazas que legalmente se establezcan, necesariamente ha de aplicarse en dicha selección los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad...”.

*las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía deberá realizarse, en todo caso, con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la correspondiente convocatoria*⁴⁰.

Una vez analizado este particular problema, concluimos este artículo abordando el verdadero núcleo de la reforma, en lo que al ejercicio de funciones públicas se refiere.

Según se dijo, las premisas sobre las que se construye la citada norma son la transformación de las entidades instrumentales al ámbito de las de naturaleza pública y el mantenimiento del empleo existente, de tal forma que se asegurara la continuidad en la prestación de servicios desde la optimización de los medios disponibles. Más allá de la necesaria derivación que se realiza a la normativa laboral, el legislador del Decreto-Ley se preocupa de crear las condiciones necesarias para el cumplimiento de las premisas expuestas, lo que pasa por abordar el obstáculo que suponía que, desde la redacción original de la LAJA, se permitiera a las Agencias Públicas Empresariales el ejercicio de potestades (lo cual es lógico en función de su naturaleza jurídico-pública), pero se limitase la tipología del personal a su servicios al laboral, escenario que pasa a ser insostenible cuando el EBEP requiere de la presencia de funcionarios para realizar determinadas actividades ligadas al ejercicio de potestades públicas.

Será preciso concretar el significado del art. 9 EBEP cuando dispone 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.”* Para ello, debemos hacer notar –aunque sea obvio– que la norma básica se remite a la esfera de ejercicio de potestad doméstica de cada Comunidad Autónoma. Ahora bien, lo que nos preocupa en estos momentos no es tanto el fuero sino el contenido del mismo. Es patente que la reordenación del sector público abordada no ha pretendido –no podía pretender– ser el escenario en el que se detallase qué funciones de las que se realizan por las entidades instrumentales deben ser realizadas exclusivamente por funcionarios⁴¹.

⁴⁰ La DA7^a de la Ley 8/2010 se sitúa en esta línea al prescribir como principios de selección y acceso del personal al servicio del sector público andaluz los de publicidad en medio oficial, igualdad, mérito y capacidad.

⁴¹ La DA 6^a de la Ley –en contenido novedad respecto del texto del Decreto-Ley 5/2010– insiste en remitirse a los *“términos establecidos en la legislación en materia de función pública”*. En buena lógica.

Antes bien, tanto el Decreto-Ley inicial como la Ley finalmente aprobada se inserta en el status quo existente, de tal forma que mantiene la caracterización del personal de cada tipo de agencia: funcionario y laboral en las administrativas y de régimen especial, laboral en las público empresariales. Esta es la realidad en la que se mueve una norma que tiende a la reordenación de las entidades existentes, no a la configuración del ámbito de ejercicio de funciones del personal funcionario. Y sobre esta finalidad debe aplicar (insistimos, que no desarrollar ni matizar) un mandato imperativo del EBEP que pasa, necesariamente, por interpretar el concepto “potestades públicas o salvaguarda de los intereses generales” de modo no disyuntivo y extensivo, en tanto esta exégesis abocaría a que toda actividad administrativa (que por definición y sea o no realizada en el ejercicio de potestades, debe tender a la salvaguarda de intereses generales) necesariamente debiera ser realizada por funcionarios públicos, extremo éste que significaría –de raíz– la desaparición de la categoría de personal laboral de las Administraciones Públicas.

Claro está que la otra posibilidad –y aplicamos conscientemente el término, pues se trata en las circunstancias económicas en que nos hallamos, de ser posibilistas– es restringir el binomio “participación directa o indirecta” a labores o funciones relacionadas con el acto resolutivo o de trámite que implique el ejercicio de imperium. En cualquier caso, lo cierto es que se da por hecho que habrá actuaciones que se inserten en el ámbito del ejercicio de potestades propias de cada tipo de agencias, que necesariamente deban ser realizadas por funcionarios. Y, llegados a este punto, hemos de acotar la problemática a las agencias público-empresariales, únicas que carecen –ya vimos, en el caso andaluz al menos– en su estructura de personal funcionario. Frente a otras opciones⁴², el legislador andaluz ha optado por utilizar la relación de dependencia para resolver este obstáculo. Veamos.

⁴² Como sería convertir todas las entidades instrumentales públicas en agencias administrativas o de régimen especial. Este camino hubiera conducido, a nuestro criterio, a una desnaturalización de una u otra tipología, con peligro de desestabilizar entidades preexistentes que tienen este régimen. Otra alternativa hubiera consistido en admitir la coexistencia de funcionarios en las agencias público empresariales, pero con ello los mecanismos de funcionamiento interno de estas entidades seguramente se hubieran resentido; recordemos que la norma no nace en una situación virgen, sino que el panorama de las entidades públicas empresariales en Andalucía cuenta con importantísimas representantes, con dinámicas laborales ya muy consolidadas, fundamentalmente en el sector de la obra pública y los transportes, el suelo y la vivienda, los servicios culturales y los servicios educativos.

La forma en que se acomete este rompecabezas pasa por invertir el esquema ordinario –que no necesario– de las relaciones entre la matriz y la instrumental: lo común es que la matriz aporte los recursos financieros y la instrumental los medios personales, mientras que en la reordenación operada, es la matriz la que aporta el resultado del ejercicio de funciones públicas por personal que se haya integrado en su relación de puestos de trabajo. El esquema diseñado es coherente con la naturaleza de las relaciones que se estructuran entre la matriz y la instrumental: aquélla establece los objetivos y controla a la instrumental, pero también aporta los medios y condiciones necesarios para que la instrumental pueda cumplir sus fines y que ésta no puede –por su propia naturaleza– conseguir por sí misma.

Este personal, que es funcionario y necesariamente lo debe seguir siendo –de lo contrario, no se cumpliría con lo exigido por el EBEP– actúa desde su propia condición de personal funcionario integrado en la relación de puestos de trabajo de la Consejería matriz, a todos los efectos del ejercicio de las funciones propias de su puesto, pero también de los derechos y deberes que le corresponden en su estatuto personal. Lo que hace la matriz es integrar funcionalmente el resultado del ejercicio de tales funciones públicas en el iter procedimental de la agencia pública empresarial, de tal forma que en aquellos trámites en los que se requiera la actuación de un funcionario, por quedar reservados a los mismos ex EBEP, el procedimiento desarrollado por la agencia en el ejercicio de su potestad, cumpla con tal requisito.

Como decimos, el modelo no interfiere en el status del personal funcionario adscrito en tanto la pertenencia del mismo sigue siendo respecto de la Administración general, en la que realizará su carrera profesional⁴³. En suma, en lugar de trabajar de forma inmediata para un órgano administrativo (en una consejería, agencia administrativa) se trabaja para un organismo (la propia agencia pública empresarial). En uno y otro caso, se trabaja, en suma, para la consejería matriz, siempre desde un puesto de funcionario incluido en la relación de puestos de trabajo de la consejería y con las evidentes posibilidades de participar en los concursos de traslados de la administración general a la que

⁴³ La “dirección funcional” –según se define por el art. 69.3 LAJA esta relación– supone el mantenimiento del estatus propio del funcionario, status que debe quedar salvaguardado necesariamente cuando se concrete la forma en que tendrá lugar aquélla, especialmente en relación con el sistema de recursos administrativos, jornada y horario de trabajo, retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y potestad disciplinaria, según indica el citado precepto.

pertenece. Como fácilmente se comprenderá, la dificultad de definir los detalles de esta integración funcional en una norma con rango de ley lleva al legislador a remitirse a lo que se disponga en los estatutos de cada agencia, lo cual permite una modulación en función de las características de cada agencia y cada consejería, a la vez que permite desarrollar la potestad normativa contando con la participación de todos los interesados, muy particularmente los representantes de los trabajadores, a través de la tramitación reglada de normas con rango de decreto.

Esta situación es completamente distinta a otra que –también– se regula por la DA 4^a, por cierto, con clara ventaja para el personal funcionario en comparación con el régimen precedente. Nos referimos al caso de que voluntariamente (y hay que subrayar la palabra), un funcionario decida prestar servicios como personal laboral en una agencia pública. Esta posibilidad preexistía, como decimos, en el régimen anterior⁴⁴ y supone el paso a una situación de excedencia en el sector público caracterizada por su mantenimiento durante el tiempo que dure la relación laboral con la entidad del sector público (incluyendo las mercantiles de mano pública) y la no reserva de puesto pero sí el derecho al cómputo del tiempo de servicio a efectos de trienios en el momento del reingreso al servicio activo. La ventaja añadida con la reforma operada radica en que tales servicios se consideran como mérito a efectos de participación en convocatorias de concursos para la provisión de puestos de trabajo, reconociéndosele además a dicho personal por la agencia de destino, el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad.

Y, por supuesto, una y otra situación difieren del escenario en que un empleado –laboral, por definición– de una entidad privada de mano pública integrado en una Agencia, pretenda acceder a la condición de funcionario o de personal laboral de la Junta de Andalucía, en cuyo caso sólo hay una posibilidad: participar (y ganar) la correspondiente prueba selectiva de acceso libre convocadas en ejecución de la oferta de empleo público. Porque, una cosa es que el acceso al empleo público (in genere) se rija en todo caso por los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad y otra muy distinta es que

⁴⁴ Ya en el art. 29.3.c de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, art. 15 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado y art. 85.2.b) EBEP.

desde un determinado status (laboral de una empresa o fundación de mano pública, o de una Agencia) se pretenda acceso directo al status de funcionario o de laboral de la Junta de Andalucía como empleador distinto de la empresa o fundación pública, o una Agencia de la que se es empleado. Pero este contenido de la DA 4ª letra b) del texto aprobado como Ley, ciertamente novedoso respecto del texto del Decreto-Ley 5/2010, difícilmente pudiera haber sido otro, aunque sólo fuera a tenor del art. 23 CE y el ingente bloque de leyes, reglamentos, doctrina constitucional y jurisprudencia que del mismo deriva...

El control de la legalidad urbanística a la luz de la Directiva de Servicios: Régimen de las Licencias Urbanísticas en Andalucía

Ginés Valera Escobar

Técnico Superior de Administración General
Asesor Jurídico-Administrativo del Ayuntamiento de El Ejido

(El presente documento fue objeto de exposición en las Jornadas sobre la Transposición de la Directiva de Servicios al Ámbito Andaluz, celebradas en la Universidad de Almería en febrero de 2011 y organizadas por la Facultad de Derecho y la Secretaría General de Acción Exterior de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía).

SUMARIO: I. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA LOCAL Y URBANISMO. II. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE, RELATIVA A LOS SERVICIOS DE MERCADO INTERIOR AL ORDENAMIENTO ESTATAL Y ANDALUZ. 1. Directiva 2006/123/CE, relativa a los Servicios de Mercado Interior. 2. Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio. 3. Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de Diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio. 4. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. 5. Ley 3/2010, de 21 de mayo, por la que se modifican 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. 6. Inversiones Empresariales de Interés Estratégico para Andalucía. III. LA LICENCIA COMO TÉCNICA DE CONTROL PREVENTIVO. LICENCIA URBANÍSTICA. 1. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 61/1997, de 20 de marzo. 2. Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. 3. Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía. IV. CONCEPTO Y OBJETO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS. 1. Concepto. 2. Objeto. V. TIPOLOGÍA Y ACTOS SUJETOS A LICENCIAS URBANÍSTICAS. VI. PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS. 1. Iniciación. Proyecto Técnico: Visado Colegial y Competencia para su Redacción. 2. Resolución. Silencio Administrativo. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

RESUMEN:

Si bien la transposición de la Directiva de Servicios al Ordenamiento Jurídico estatal y andaluz no ha afectado a las licencias urbanísticas *strictu sensu* (sí cuando la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas), la nueva regulación del régimen de autorización de establecimientos y actividades de servicios basado en la generalización de la declaración responsable y comunicación previa y el silencio positivo y en la excepcionalidad de la técnica de licencia cuando concurren razones imperiosas de interés general vinculadas con la protección de la salud, o seguridad pública, el medio ambiente o el patrimonio histórico artístico, ha supuesto un giro copernicano en nuestro tradicional Derecho sustentado en las técnicas de control preventivo en la intervención de la actividad de los ciudadanos que representaba la licencia municipal de apertura o de actividad. Se universaliza que la actividad administrativa de comprobación sea posterior al inicio de actividad, por lo que adquieren protagonismo en el ámbito de Andalucía la licencia de utilización y de ocupación en cuanto al control previo de los usos de la edificación o establecimiento.

Palabras claves:

Licencias urbanísticas, declaración responsable, comunicación previa, licencia de apertura o funcionamiento de actividad. Licencia de utilización y ocupación.

I. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA LOCAL Y URBANISMO

Solemnizado constitucionalmente el capital principio de la autonomía local en los artículos 137¹, 140 y 141, queda cerrada la distribución territorial de poder en un nuevo modelo de Estado unitario, pero organizado por las Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias. A partir de este ensamblaje conceptual habrá de ser la autonomía local esencialmente entendida, a la vez que garantizada institucionalmente por el legislador estatal y autonómico, como el derecho de la comunidad vecinal a participar a través de órganos propios elegidos democráticamente en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales, constituyendo en todo

¹ Los arts. 137 y 140 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 sientan que: “El Estado se organiza territorialmente en Municipios, en Provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas Entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”... “La Constitución garantiza la autonomía de los Municipios”...

caso un poder limitado que no puede oponerse al dogma de la unidad estatal, o como el derecho a la gestión de sus respectivos intereses, lo que exige que se dote de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo, con la consiguiente suficiencia financiera del gasto que ocasionan, como sentó prontamente el Tribunal Constitucional en STS nº 4/1981, de 2 de febrero y 32/1981 de 28 de julio. Si bien hay que sentar que la Carta Magna tan sólo se ocupa en el art. 149 de delimitar las competencias exclusivamente estatales y acotar el máximo techo de responsabilidades al que pueden aspirar las CC.AA en sus respectivos Estatutos (arts. 148² y 151), con relación a la Administración Local no existe esta exactitud inicial, trasladándose al legislador sectorial estatal y autonómico la tarea de configurar el ámbito sustantivo de atribuciones que pueden ostentar los Entes locales a partir de esta garantía institucional aclamada y de las bases del régimen local fijadas.

Esta pensada e inconclusa omisión sobre el alcance de lo que sean estos “intereses respectivos” dentro del único interés público conducirá al legislador ordinario a tener que concretarlos en cada momento, apelando más de una vez a la noción del llamado “interés predominante”, que no exclusivo ni privativo, y la consecuente asignación a las EE.LL de cuantas competencias (conjunto de potestades que detenta un Ente sobre un sector de la actividad) exija la prestación de servicios que demanden los ciudadanos.

Pero todos estos rasgos organizativos, funcionales y competenciales no serían positivados hasta el alumbramiento de la Ley estatal 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL, para abreviar), razón por la que su art. 2 enfatice para la efectividad de la autonomía así garantizada que *“la legislación del Estado y de las CC.AA reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberán asegurar a los Municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad local de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”*. Retomamos en este mandato la proyección normativa de la “garantía institucional” elaborada jurisprudencialmente, puesto que la acción de precisar la autonomía local se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza.

² Art. 148. 1.3^a: *“Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ... Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”*.

Por su parte, el art. 25.1 de la LBRL concentra este primordial principio de autonomía local al habilitar programáticamente a los Municipios a prestar cuantos servicios públicos satisfagan las aspiraciones y exigencias de la colectividad vecinal para la gestión de intereses propios, en los concretos términos de la legislación sectorial estatal y autonómica y en el círculo de sus competencias. Para ello, preceptúa el art. 25.2 del mismo cuerpo legal que “*en todo caso*” ejercerán los Municipios competencias exclusivas o concurrentes en los términos de la legislación del Estado y de las CC.AA en materias de seguridad pública; ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (aunque la competencia en materia de urbanismo corresponda sustancialmente a las CC.AA en virtud del art. 148.1.3^a CE, existe una Ley estatal de regulación de suelo, no propiamente urbanística: RDL 2/2008, de 20 de junio), protección del medio ambiente, de la salubridad general y defensa de consumidores y usuarios...

Además de enumerar el legislador estatal en el art. 26 LBRL un elenco de servicios mínimos directamente encomendados a la gestión municipal, el art. 28 LBRL faculta al Municipio para la realización de actividades complementarias de las propias de otras AA.PP, y en particular las relativas a “...*vivienda, sanidad y protección del medio ambiente*”. Y en la Disposición Transitoria Segunda LBRL se confieren a los Municipios a modo de cláusula genérica y residual en relación a las anteriores materias “*cuantas competencias de ejecución no se encuentren conferidas por dicha legislación sectorial a otras AA.PP*”.

Desde la redacción originaria del Estatuto de Autonomía (art. 13.8 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre) la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva en materia de política territorial, incluyéndose en la misma la ordenación territorial y del litoral, el urbanismo y la vivienda. Siendo completadas estas competencias en el art. 56.3 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Dispone este apartado que la competencia exclusiva en materia de urbanismo que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía 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 establezca para garantizar la igualdad del ejercicio del derecho a la propiedad y el régimen de la intervención administrativa en la edificación, la urbanización y el uso del suelo y subsuelo.

Respetuoso con los principios constitucionales, el art. 91.1 del Estatuto, reconoce la plena autonomía de los Municipios en el ámbito de sus intereses. Imponiendo el art. 89.2 del Estatuto que la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones Locales ajustarán sus relaciones a los principios

de información mutua, coordinación, colaboración y respeto de los ámbitos competenciales correspondientes determinado en el Estatuto, en la legislación básica del Estado y en la normativa autonómica de desarrollo, con plena observancia de la garantía institucional de la autonomía local reconocida por la CE y por la Carta Europea de la Autonomía Local. Rigiéndose la organización territorial de Andalucía por los principios de autonomía, responsabilidad, cooperación, desconcentración, descentralización, subsidiariedad, coordinación, suficiencia financiera y lealtad institucional (art. 90).

El Estatuto andaluz dará un paso de gigante al garantizar por vez primera en el ordenamiento jurídico español a los Municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad. De forma que en lo que aquí importa, los Ayuntamientos tendrán competencia propia sobre las ss materias, en los términos que determinen las Leyes: a) ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (art. 92.2 a).

En desarrollo de todos estos principios constitucionales y estatutarios, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía “*añade al repertorio estatutario otras competencias, identificando potestades y especificando materias que refuerzan la exclusividad de la competencia municipal*”. De forma que establece en su art. 4 que los Municipios gozan de autonomía para la ordenación y gestión de los asuntos de interés público en el marco de las Leyes, actuando bajo su propia responsabilidad y en beneficio de las personas que integran su respectiva comunidad³. La autonomía local comprenderá⁴, en todo caso, la ordenación

³ Esta definición de “autonomía local” se corresponde con el art. 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 según el cual “*por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las EE.LL de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes*”.

⁴ Conforme a sus arts. 6.1 y 2 y art. 7 las competencias locales que determina esta Ley tienen la consideración de propias y mínimas y podrán ser ampliadas por Leyes sectoriales. Su determinación se rige por el principio de mayor proximidad a la ciudadanía, ponderando en su conjunto, a la comunidad política local, integrada por Municipios, cuando se valore la amplitud o naturaleza de la materia o actividad pública, la capacidad de gestión de las EE.LL o las necesidades de eficacia o economía. Las competencias locales facultan para la regulación, dentro de su potestad normativa, de las correspondientes materias. Como cláusula general de competencia, señala el art. 8 que los Municipios andaluces tienen competencia para ejercer su iniciativa en la ordenación y ejecución de cualesquiera actividades y servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades de la comunidad municipal, siempre que no estén atribuidas a otros niveles de gobierno.

de los intereses públicos en el ámbito propio de Municipios, la organización y gestión de sus propios órganos de gobierno y administración, la organización de su propio territorio, la regulación y prestación de los servicios locales, la iniciativa económica, la gestión del personal a su servicio, patrimonio y la recaudación, administración y destino de los recursos de sus haciendas. Añadiendo el art. 9.1 que los Municipios andaluces tienen competencias propias en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, que incluye la aprobación de los Proyectos de Actuación para actuaciones en suelo no urbanizable y el otorgamiento de las licencias urbanísticas y declaraciones de innecesariedad.

Al igual que ocurre en la actividad urbanística o comercial, puede suceder que en contados ámbitos de actuación confluyan diversas competencias sobre un mismo objeto respaldadas por distintos títulos habilitantes, lo que exige a los agentes jurídicos en caso de conflicto un esfuerzo de armonización, como mínimo, o la definitiva búsqueda de la Administración Pública con decisión prevalente, aunque en la práctica predominarán los supuestos de asignación indistinta o de competencias concurrentes o compartidas donde se manifiesta secuencialmente la decisión pública sustantiva en un eslabón sucesivo de participación de las Administraciones actuantes. Siendo incontrovertible que las competencias municipales emergen con completa autonomía respecto de las del Estado o de las CC.AA en concurrencia con éstas, de forma que si un mismo hecho llena el supuesto de diversas normas, según las cuales son preceptivas distintas autorizaciones o licencias, cada Administración retendrá su competencia propia, sin que el otorgamiento de alguna de ellas, que puede actuar como presupuesto necesario de las restantes, prejuzgue la obtención de las demás. Insistiendo, el legislador destaca deliberadamente en la nueva dicción del artículo 84.3 de LBRL⁵ que *“las licencias o autorizaciones otorgadas por otras AA.PP no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las EE.LL, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales”*. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 11/99, en este artículo *“se contempla expresamente*

⁵ Apartado introducido por la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de ésta, que guarda estrecha relación con el todavía vigente art. 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo que conserva si vigencia con rango reglamentario en tanto no sea modificado por el Ministerio de Administraciones Públicas (Disposición Derogatoria Única 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril) que ya preveía que para evitar multiplicidad de expedientes sobre autorizaciones o concesiones sobre un mismo asunto en el que hubieran de intervenir con facultad decisoria 2 ó más Departamentos Ministeriales, varios Centros Directivos de un Ministerio u Organismos Autónomos, imponía la instrucción de 1 solo expediente y resolución única por quien tuviese la competencia más específica.

el principio general de que las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales previstas en la legislación vigente, armonizando así el ejercicio legítimo de las competencias de todas las Administraciones e incorporando la reciente jurisprudencia del TC al respecto contenida en la sentencia de 19 de febrero de 1998 sobre la Ley 27/92, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante”⁶.

II. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE, RELATIVA A LOS SERVICIOS DE MERCADO INTERIOR AL ORDENAMIENTO ESTATAL Y ANDALUZ

Pero el régimen jurídico tradicional autorizatorio de establecimientos basado en la “licencia de apertura” ha sido sometido a cambios trascendentes para la simplificación administrativa en un Estado compuesto, como veremos

⁶ Sienta el FJ n° 39 de esta sentencia con ocasión de declarar que el art. 19.3 de la Ley de Puertos no vulnera el orden constitucional de competencias, “*que la autonomía local prevista en los arts. 137 y 140 CE se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañen, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible*” (también en STC 32/1981, FJ n° 4). Reconocido como está por el art. 25 LBRL el ejercicio de competencias municipales en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, y siendo la licencia (junto a otros actos de control preventivo) el mecanismo ideado en el art. 84.1.b) del mismo cuerpo legal para que los EE.LL puedan someter la actividad urbanística de los ciudadanos –incluso de otras Administraciones, como regla general– y los usos del suelo a la legalidad y a las determinaciones de los PGOU y demás instrumentos de ordenación, razonaba convincente el TC que de ello “*no puede, sin embargo colegirse que la intervención del Municipio en los casos de ejecución de obras que deben realizarse en su término tengan que traducirse, sin excepción alguna, en el otorgamiento de la correspondiente licencia urbanística*”, aunque ésta sea la solución ordinaria, puesto que “*no puede considerarse que atente contra la autonomía que garantiza el art. 137 CE el que el legislador disponga que, cuando existan razones que así lo justifiquen la intervención municipal se articule por medio de otros procedimientos adecuados para garantizar el respeto a los planes de ordenación urbanística*”. Y aunque dispensa el art. 19.3 de la Ley de Puertos “*las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en dominio público portuario por las Autoridades Portuarias*” de control preventivo municipal a través de licencia, el apartado 1 del mismo precepto no excluye la intervención municipal por ser preceptiva la emisión de informe por el Municipio correspondiente acerca de la adecuación de estas obras al Plan Especial de Ordenación del Espacio Portuario. Concluye el Tribunal diciendo que “*se garantiza, por tanto, la intervención del Ente local tal y como exige la garantía institucional de la autonomía municipal*”.

a lo largo de este ensayo. El Tratado de la Comunidad Europea consagró ya en 1957 tanto la libertad de circulación de servicios (posibilidad de que se presen servicios en otro Estado sin cambiar de establecimiento en otro Estado) como la libertad de establecimiento (que comprende la constitución y gestión de empresas en las condiciones fijadas por el país de establecimiento para sus propios nacionales ante la posibilidad de que un prestador quiera instalarse en un Estado miembro), entre otras, por lo que según el actual art. 49 del Tratado 13 de diciembre 2007, Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007) quedan prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, extendiéndose igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecido en el territorio de otro Estado miembro.

1. Así las cosas, el día 12 de diciembre de 2006 se aprobó por el Parlamento Europeo y el Consejo la **Directiva 2006/123/CE, relativa a los Servicios de Mercado Interior** (DS, para abreviar) aprobada en el marco de la estrategia de Lisboa (conocida Directiva Bolkestein) que afecta a los servicios en el mercado interior y que hubo de ser traspuesta hasta el día 28/12/2009. Tiene por objeto la creación de un auténtico mercado interior de servicios a través de la eliminación de cargas burocráticas y barreras legales y administrativas, que facilite el libre establecimiento (o ejercicio efectivo de una actividad económica por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo la prestación de servicios—art. 4.5 y al que se le aplican los arts. 9 a 15 en cuanto al régimen de autorización) y la libre prestación de servicios en la UE, es decir, el ejercicio de una actividad de servicios por prestadores ya establecidos en otro Estado miembro que vienen a España a prestarla de forma temporal y sin establecerse y que garantice, tanto a los prestadores como a los destinatarios de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado, manteniendo al mismo tiempo un nivel elevado de calidad en los servicios. El concepto de “servicio” (“*cualquier actividad económica por cuenta propia prestada normalmente a cambio de una remuneración*”) remite al general del actual art. 57 del Tratado, que incluye las actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal y actividades propias de las profesiones liberales. Siendo “establecimiento” el “*ejercicio efectivo de una actividad económica a que se hace referencia en el art. 43 del Tratado por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios*”. Definiéndose el “régimen de autorización” como cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer

un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio (definiciones extraídas del art. 4), o lo que es lo mismo, cualquier sistema previsto en el Ordenamiento jurídico o en las normas de los Colegios profesionales que contenga el procedimiento, los requisitos y cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

Como ya se ha adelantado, el fin perseguido por la DS 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 Estados miembros y garantizar, tanto a las personas destinatarias como a las prestadoras de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado.

Si bien establece expresamente que los servicios no económicos de interés general quedan excluidos de su ámbito de aplicación (como por ejemplo los que no se realizan a cambio de una contraprestación económica como en el ámbito de la enseñanza primaria y secundaria), el fin es impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas y proporcionando un entorno más favorable a los agentes económicos que incentive la creación de empresas y genere ganancias en eficiencia, productividad y empleo, además del incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos.

El art. 2.2 enumera las actividades a las que no se aplica la DS y el considerando 9 excluye expresamente al urbanismo, al disponer que *“la presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada”*. Ello no obstante, en la pág. 10 del *Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios* elaborado por los Servicios de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, referido al ámbito de aplicación de la misma, se dice que los Estados miembros tendrán que garantizar que las normas de la DS se apliquen a una amplia gama de actividades, ya se presten a empresas o a consumidores, mencionando sin ánimo de exhaustividad como ejemplo de servicios los “servicios de construcción”. Es decir, actividades de servicios que no guardan relación con la ordenación ur-

banística propiamente dicha pero que se prestan dentro de este sector (servicio de arquitectura, construcción, promoción, asesoramiento...). A estos servicios sí les sería de aplicación la Ley 17/2009.

En relación con el principio de libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, la DS establece la eliminación de todo procedimiento de autorización que afecte al acceso o ejercicio de una actividad de servicios, si dicho procedimiento no cumple con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio. La legislación de los Estados miembros relativa al acceso o ejercicio de una actividad de servicios no podrá contener una serie de requisitos prohibidos, listados en el artículo 14 de la DS, y deberá justificarse la exigencia de otros, enumerados en su artículo 15, atendiendo a los criterios señalados. Además, la DS establece, con carácter general, en su art. 5 la simplificación de los procedimientos.

Los regímenes de autorización son unos de los trámites más comúnmente aplicados a los prestadores de servicios, pudiendo constituir una restricción a la libertad de establecimiento. En cuanto al régimen de libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, al abordar el tema del régimen de autorización, el art. 9 establece que los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización (regulado en los arts. 10 a 13) cuando se reúnan las ss condiciones:

- a) Que el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador.
- b) La necesidad de un régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general⁷. Añadiendo el considerando 56 que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los objetivos de salud pública, protección de los consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosas de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. No obstante, ningún régimen

⁷ O como dice la misma DS en el art. 4. 8), en desarrollo del considerando 40 “razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las ss: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la prestación del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”.

de autorización o restricción de estas características debe discriminar en razón de nacionalidad. Además deben respetarse siempre los principios de necesidad y proporcionalidad.

- c) El objetivo perseguido pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.
- d) Ser proporcionados a dicho objetivo de interés general, claros e inequívocos, hechos públicos con antelación y transparentes y accesibles.

Por tanto, se concreta la meta de la DS con medidas normativas que afectan a la libertad de establecimiento (mediante eliminación de procedimientos de autorización no necesarios, no proporcionales y discriminatorios y simplificación de procedimientos que puedan mantenerse) y a la libre prestación de servicios (regla general del silencio positivo, salvo razón imperiosa de interés general; autorización válida para todo el territorio nacional, salvo idénticas razones y necesidad de aceptar documentos de otros Estados miembros que demuestren cumplimiento de requisitos, sólo exigir documento original o traducción jurada en los casos previstos en otros instrumentos comunitarios o salvo excepción justificada por una razón imperiosa de interés general) y medidas no normativas (ventanilla única y sistema de cooperación IMI). En cuanto a los establecimientos, los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios al cumplimiento de los requisitos que se declaran prohibidos por el art. 14 o que requieran evaluación (art. 15.2) y notificación a la CE (art. 15.7). Y por lo que respecta a la libre prestación de servicios, los Estados miembros deberán garantizar en su territorio el libre acceso a la actividad de servicios y su libre ejercicio, atendiendo a los requisitos prohibidos del art. 16.2. Sólo imponer el respeto de requisitos a condición de que sean no discriminatorios y resulten proporcionados y estén justificados por razón de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente (art. 16.3)⁸.

⁸ Sin dejar de tener presente conforme al considerando 60 de la DS, que “*la presente Directiva y en particular las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización, no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros, incluidos los gobiernos autónomos regionales y locales y el uso de lenguas oficiales*”. Por lo que habrá que atender a la asignación de competencias que a cada Administración (estatal, autonómica y local) hace la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la legislación básica de régimen local para proceder a su completa transposición.

2. Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio

Como abordaremos a continuación, la incorporación de la DS al Ordenamiento jurídico interno basado en la eliminación de barreras administrativas, la excepcionalidad del régimen autorizatorio y la generalización de la técnica de declaración responsable y comunicación previa a la Administración y del silencio administrativo positivo se ha producido en 3 fases: primero mediante las Leyes estatales 17/2009 y 25/2009, después por la normativa autonómica y, por último, las Ordenanzas locales, pues como establece la Disposición Final Tercera de la Ley 17/2009 “*corresponde a las AA.PP competentes, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley*”. Por tanto, incumbe al Estado, las CC.AA y las EE.LL acometer las tareas de simplificación de procedimientos que afecten a las materias incluidas en la DS y la obligatoriedad de implantar la ventanilla única para centralizar información y actuar *on line* con la Administración competente (art. 17).

La Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio o Ley “paraguas” como se le conoce, transcribe los preceptos de la DS y tiene por objeto según su art. 1 “*establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando al mismo tiempo un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, no resulten justificadas o proporcionadas*”. Conforme a su art. 2 esta Ley se aplica a los servicios que se realicen a cambio de una contraprestación económica y que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro⁹. Su apartado 2 enumera los servicios exceptuados del ámbito de aplicación de la Ley¹⁰ en parecidos términos a la DS (es decir, estarán incluidos todos los servicios que no se exceptúen explícitamente).

⁹ Esta Ley no se aplica a normas que deban ser respetadas por la Sociedad en su conjunto, ya sean prestadores o particulares, como la normativa en Derecho Penal o las normas de comportamiento en circulación, es decir la Ley no interfiere con los requisitos o la normativa que tienen que ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad al igual que por los particulares en su capacidad privada (extracto del Preámbulo de la Ley).

¹⁰ Reproduciendo al art. 2 de la DS, quedan exceptuados del ámbito de aplicación de esta Ley: a) Los servicios no económicos de interés general; b) Los servicios financieros; c) Los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por la legislación sobre comunicaciones electrónicas; d) Los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los transportes urbanos, y de la navegación marítima.

A los efectos de esta Ley se entiende por “servicio” cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el art. 57 del Tratado de la Comunidad Europea; “prestador” será cualquier persona física con la nacionalidad de cualquier Estado miembro, o residencia legal en España, o cualquier persona jurídica o entidad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, cuya sede social o centro de actividad principal se encuentre dentro de la UE, que ofrezca o preste un servicio; “establecimiento” es el acceso a una actividad económica no asalariada y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y especialmente de Sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación, por una duración indeterminada, en particular por medio de una infraestructura estable; y “establecimiento físico”: cualquier infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente una prestación de servicios.

Sorprende que en esta Ley y pese a su tradición, solo se utilice el término “apertura” en el preámbulo, al decir: “*una vez establecidos, los prestadores de servicios podrán ejercer su actividad en todo el territorio nacional, sin perjuicio de que para la apertura de un establecimiento físico en otra parte del territorio se pueda requerir una autorización*”. Al igual que ha sucedido últimamente en multitud de Leyes sectoriales que han optado por utilizar el término licencia de actividad, puesta en marcha de la actividad o funcionamiento, el legislador español ha preferido esta vez el término “autorización”, que define como cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una ac-

tiva y aérea, incluidos los servicios portuarios y aeroportuarios necesarios para llevar a cabo la actividad de transporte, exceptuando la actividad de las plataformas logísticas de las empresas y de las actividades necesarias para su funcionamiento; e) Los servicios de las empresas de trabajo temporal; f) Los servicios sanitarios, incluidos los servicios farmacéuticos, realizados o no en establecimientos sanitarios e independientemente de su modo de organización y de financiación a escala estatal y de su carácter público o privado, prestados por profesionales de la salud a sus pacientes, con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud, cuando estas actividades estén reservadas a profesiones sanitarias reguladas; g) Los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión y la radiodifusión, exceptuando las actividades de comercio al por menor de los productos audiovisuales; h) Las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario; i) Las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles; j) Los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas provistos directamente por las AA.PP o por prestadores privados en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la referida Administración; k) Los servicios de seguridad privada. Esta Ley no se aplicará al ámbito tributario. (...).

tividad de servicios o su ejercicio; siendo “régimen de autorización”: cualquier sistema previsto en el ordenamiento que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios; “requisito”: cualquier obligación, prohibición, condición o límite al acceso al ejercicio de una actividad de servicios prevista en el ordenamiento jurídico o derivados de la jurisprudencia o de las prácticas administrativas. En cuanto a “declaración responsable” es el documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad.

De forma que con arreglo a su art. 4 referente a la libertad de establecimiento, los prestadores podrán establecerse libremente en territorio español para ejercer una actividad de servicios, sin más limitaciones que las establecidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley. Cualquier prestador establecido en España que ejerza legalmente una actividad de servicios podrá ejercerla en todo el territorio nacional. En el caso de regímenes de autorización previstos en la normativa comunitaria, lo dispuesto en este Capítulo no se aplicará a aquellos aspectos expresamente recogidos en la misma.

Recordar que el concepto de “régimen de autorización” aparece recogido en el Considerando 39 de la DS según el cual debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un Registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente.

Pues bien, los “regímenes de autorización” son uno de los trámites más comúnmente aplicados a los prestadores de servicios pudiendo constituir una restricción a la libertad de establecimiento. Razón por la cual para transponer el espíritu de la DS la Ley española establezca el principio general según el cual el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización. Únicamente podrán mantenerse regímenes de autorización previa cuando no sean discriminatorios, estén justificados por una ra-

zón imperiosa de interés general y sean proporcionados. En particular, se considerará que no está justificada una autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador, para facilitar, si es necesario, el control de la actividad.

Respecto al régimen de autorización, la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma, no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen (art. 5). El primer presupuesto para introducir un régimen excepcional de autorización en Derecho español es que se haga mediante Ley¹¹ (queda reservada a la Ley no a los Reglamentos) y los demás presupuestos hacen referencia a:

- a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a Sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social.
- b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, o lo que es lo mismo, la razón definida e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitada a las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de la seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y salud de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural (art. 3.11). Si bien se hace notar que los “servicios de construcción” no se encuentran exceptuados expresamente del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 como ya se ha explicado.

¹¹ A este respecto, el Consejo de Estado en su Dictamen de 18 de marzo de 2009 expone que “la autorización es una manifestación típica de la actividad de intervención típica de la actividad de intervención y ordenación de la administración y como toda técnica de ordenación está sometida al principio de reserva de Ley, por ser un supuesto claro de intervención o limitación de la actividad de los particulares y, en este caso concreto de la libertad de establecimiento”.

- c) Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control “a posteriori” se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

Los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta Ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. En todo caso, deberán respetar las disposiciones recogidas en la Ley 30/92, así como garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general.

Con carácter general la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá acceder a una actividad de servicios y ejercerla por tiempo indefinido. Asimismo, cuando el acceso a la actividad o su ejercicio esté condicionado a la realización de una comunicación o de una declaración responsable por parte del prestador, la comprobación por parte de la Administración pública de la inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiere aportado o del incumplimiento de los requisitos señalados en la legislación vigente determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar. La realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá al prestador acceder a la actividad de servicios y ejercerla en la totalidad del territorio español, incluso mediante el establecimiento de sucursales. No obstante lo anterior, las Administraciones Públicas podrán otorgar autorizaciones o solicitar comunicaciones o declaraciones responsables a los prestadores cuya eficacia esté limitada a una parte específica del territorio cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, resulte proporcionado y no discriminatorio y de forma suficientemente motivada.

Asimismo, podrá exigirse una autorización, una comunicación o una declaración responsable individual para cada establecimiento físico cuando esté justificado por una razón imperiosa de interés general, resulte proporcionado y no discriminatorio (art. 7.3). Cuando el prestador de servicios ya esté establecido en España y ejerza legalmente la actividad, estas autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente al establecimiento físico a partir del cual pretende llevar a cabo dicha actividad.

Sólo podrá limitarse el número de autorizaciones cuando esté justificado por la escasez de recursos naturales o inequívocos impedimentos técnicos (art. 8). Las AA.PP no podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, por su finalidad a aquellos a los que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro. El acceso a una actividad de servicio o su ejercicio se regirá por el principio de igualdad de trato y no discriminación. Todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios (art. 9): no ser discriminatorios; estar justificados por una razón imperiosa de interés general; ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general; ser claros e inequívocos y objetivos; ser hechos públicos con antelación y transparentes y accesibles.

3. Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de Diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio

Por su parte, la Ley de Modificación de Diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio o Ley “ómnibus”, incorpora en su Título I –“Medidas Horizontales”– Capítulo I, diversas modificaciones que afectan de forma genérica a las actividades de servicios, introduciéndose expresamente la figura de comunicación y de declaración responsable y se generaliza el uso del silencio administrativo positivo. Esta Ley añade un nuevo apartado 4 en el artículo 70 bis LBRL: *“4. Cuando se trate de procedimientos y trámites relativos a una actividad de servicios y a su ejercicio incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 los prestadores podrán realizarlos, por medio de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, salvo que se trate de la inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio. Asimismo las EE.LL garantizarán, dentro del ámbito de sus competencias, que los prestadores de servicios puedan a través de la ventanilla única obtener la información y los formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio, y conocer las resoluciones y resto de comunicaciones de las autoridades competentes en relación con sus solicitudes. Las EE.LL impulsarán la coordinación para la normalización de los formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio”*.

Y se completa la redacción del art. 84 de la LBRL relativo a los medios de intervención de la Administración en la actividad de los ciudadanos: “1. Las EE.LL podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: a) Ordenanzas y bandos; b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 se estará dispuesto en la misma; c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable de conformidad con lo establecido en el art. 71 bis de la Ley 30/92; d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma y e) órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo. 2. La actividad de intervención de las EE.LL se ajustará en todo caso a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue. (...)”

Añade a la Ley 30/92 un nuevo artículo (el art. 71 bis) con la siguiente redacción, que desarrolla el art. 3.1 de la Ley Paraguas (que tan sólo define lo que es una declaración responsable) distinguiendo dos nuevas figuras jurídicas (la declaración responsable y la comunicación previa) sin justificar los motivos que lleven a exigir en cada caso una u otra modalidad de control. Por tanto, debemos diferenciar a partir de ahora la “autorización” (que supone la preexistencia de un derecho en el sujeto interesado en desarrollar una determinada actividad y la facultad *ex ante* de la Administración de comprobación de la concurrencia de los requisitos exigibles para el ejercicio de ese derecho), de la “declaración responsable” y la “comunicación previa”, como modalidades de control *ex post*, que en principio no obstarían el ejercicio de actividad:

“1. A los efectos de esta Ley se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos a que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa y clara en la correspondiente declaración responsable.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente hechos o elementos relativos al ejercicio de un derecho o al inicio de una actividad, indicando los aspectos que puedan condicionar la misma y acompañándola, en su caso, de cuantos documentos sean necesarios para su adecuado cumplimiento, de acuerdo con lo establecido en la legislación correspondiente.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad, cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente. (...).

También se completa el apartado 1 del art. 43 respecto al silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado con esta redacción *“en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este art., el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario”*. Aclarando la Disposición Adicional Cuarta que *“a los efectos previstos en el primer párrafo del art. 43.1 de la Ley 30/92, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de Ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto”*.

Y respecto a los proyectos que deban someterse a evaluación de impacto ambiental, mantiene la Disposición Adicional Quinta que *“cuando de acuerdo con esta Ley se exija una declaración responsable o una comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y una evaluación de impacto ambiental, conforme al Texto Refundido de la Ley de Impacto Ambiental de proyectos, aprobados por RDL 1/2008, de 11 de enero, o a la normativa autonómica de desarrollo, la declaración responsable o comunicación no podrán presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite”*¹².

4. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible

El Título II de esta Ley, que continúa en la dirección de remover obstácu-

¹² En el mismo sentido, la Disposición Adicional Octava añadida por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista establece que *“la declaración responsable o la comunicación previa no podrán presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite”*.

los administrativos iniciado con las normas de transposición de la DS, está dedicado a la mejora de la competitividad de la economía española e incluye reformas en la simplificación y agilización administrativa orientadas a impulsar la actividad emprendedora mediante supresión de trámites injustificados o desproporcionados. Su Sección 1ª contempla la ampliación del ámbito del silencio positivo (art. 40) y la Sección 2ª, a los supuestos de licencias locales de actividad, tasando los casos en los que las EE.LL podrán imponer licencias para el desarrollo de actividades económicas (arts. 41 y 42). Con objeto de potenciar la figura del silencio positivo, tanto en el ámbito de la AGE como en el de las CC.AA, se impone la obligación de remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de modificación del sentido del silencio administrativo, tras efectuar una revisión de los casos de silencio negativo existentes y de que las CC.AA también evalúen la existencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el silencio desestimatorio.

La Memoria del Análisis del Impacto Normativo y el Preámbulo de la Ley explican la modificación que opera en la LBRL diciendo que *“para evitar dilaciones y obstáculos a la actividad empresarial, se limita la posibilidad de que las EE.LL establezcan licencias de apertura o funcionamiento a determinados supuestos (cuando esté justificado y sea proporcionado atendiendo a determinadas razones de interés general, como son la seguridad, la sanidad, la protección del medio ambiente o la del patrimonio histórico artístico) y se refuerzan los mecanismos de control a posteriori”*. O lo que es lo mismo, se restringe la posibilidad de exigir licencias a aquellas actividades en las que concurran razones imperiosas de interés general vinculadas con la protección de la salud, o seguridad pública, el medio ambiente o el patrimonio histórico artístico.

Así el art. 41 de la Ley de Economía Sostenible modifica nuevamente la LBRL, añadiendo un nuevo artículo 84 bis con la siguiente redacción: *“sin perjuicio de lo dispuesto en el art. anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico artístico, la seguridad o la salud pública, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y alguna otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia y el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente”*. Se añade también un nuevo artículo 84 ter con este texto: *“cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las EE.LL deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación*

necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial¹³.

5. Ley 3/2010, de 21 de mayo, por la que se modifican 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

Anticipar que esta Ley andaluza 3/2010 no ha modificado ningún artículo de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Su objetivo es adaptar la normativa andaluza de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y por tanto, incorporar parcialmente al Derecho español la DS. Por lo que aquí interesa, en Andalucía la transposición de la DS afecta a la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía, respecto al régimen de autorización de grandes superficies comerciales previsto en el art. 58.1.1º de la LO 2/2007. Los principales elementos de la legislación comercial que se eliminan para dar cumplimiento a los requerimientos de la DS son: la licencia comercial específica y autonómica previa a la licencia municipal de los grandes establecimientos comerciales, prevista en el Título IV de la Ley 1/1996; los límites inferiores a 2.500 m2 de superficie útil de exposición y venta para la consideración de gran superficie minorista; las pruebas económicas para fundamentar la decisión de otorgamiento de la licencia comercial específica; las disposiciones que permitían la intervención en el procedimiento de autorización de personas que representan los intereses comerciales ya presentes en el mercado; la licencia comercial específica para los establecimientos de descuento y de venta de restos de fábrica

¹³ Por último, su Disposición Adicional Octava respecto a la “Evaluación de la normativa existente sobre licencias locales de actividad” impone que en el plazo de 6 meses desde su entrada en vigor, el Gobierno evalúe la existencia de razones incluidas en este nuevo art. 84 bis LBRL en las previsiones existentes sobre licencias locales de actividad y de acuerdo con ella presente en el mismo plazo un Proyecto de Ley de modificación de las normas en las que no concurren estas razones, eliminando la correspondiente exigencia de licencia, sin perjuicio de su sustitución por otras formas de verificación y control administrativo. Las CC.AA y las EE.LL, en un plazo de 12 meses tras la entrada en vigor de esta Ley y en el ámbito de sus competencias adaptarán igualmente su normativa a lo previsto en este art. 84 bis. Exigiéndose que los Municipios “deberán adoptar un acuerdo que dé publicidad a los procedimientos en los que de acuerdo con lo previsto en el art. 84 bis de la LBRL subsiste el régimen de sometimiento a la licencia local de actividad, manteniendo dicha relación adecuada a la normativa vigente en cada momento”.

con una superficie útil de exposición y venta mínima de 400 m²; la tasa autonómica por la tramitación de la licencia comercial; 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.

La Ley declara que no le es de aplicación la DS ya estudiada al contemplar únicamente la perspectiva territorial y urbanística en la planificación comercial, mediante la redacción de un nuevo Título IV y la introducción de modificaciones sustantivas en los Títulos I y II de la Ley 1/1996, buscando siempre la coherencia entre la dimensión sectorial de la actividad, la dimensión territorial ambiental y el uso que se hace del suelo (dimensión urbanística).

El Capítulo IV del Título IV incorpora novedades en cuanto al régimen de autorización de las GSM, caracterizadas tanto por sus dimensiones como por el acceso masivo los consumidores. El control previo, atendiendo al principio de simplificación administrativa y ventanilla única impuesto por la DS, se delega en los Municipios y se concreta en la denominada “licencia municipal de obras de grandes superficies minoristas”, basada en criterios estrictamente territoriales, urbanísticos y medioambientales (nunca económicos o de impacto en el tejido comercial existente, por estar proscritos conforme a la DS). Destaca en este único procedimiento un informe autonómico preceptivo de la Consejería competente en materia de comercio interior sobre la adecuación del proyecto a los criterios para la implantación de las GSM establecidos en esta Ley y al contenido del Plan de Establecimientos Comerciales, motivado por el carácter supramunicipal de la incidencia territorial de estos establecimientos. Conviene insistir que esta licencia municipal de obras sería así compatible con el espíritu la DS.

6. Inversiones Empresariales de Interés Estratégico para Andalucía

La Junta de Andalucía aprobó el DL 1/2009, de 24 de febrero, por el que se adoptaron medidas urgentes de carácter administrativo que recoge modificaciones normativas para llevar a cabo la aplicación del Plan de Medidas de Simplificación de Procedimientos Administrativos y Agilización de Trámites.

Pues bien, el DL 7/2010, de 28 de diciembre, regula las medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la CAA como ejemplo de desarrollo de la DS.

Para ser declarados de interés estratégico para Andalucía, los proyectos empresariales deberán dirigirse a inversiones no residenciales y ser coherentes con los objetivos de sostenibilidad económica, social, territorial y medio ambiental, no pudiendo afectar a zonas que tengan un específico régimen de protección por la legislación administrativa sectorial que establezcan prohibiciones, limitaciones y condiciones como inversión de interés estratégico y debiendo encuadrarse en alguna de las categorías que enumera el art. 3¹⁴.

Las inversiones empresariales declaradas de interés estratégico para Andalucía tendrán en sus distintos trámites administrativos un impulso preferente y urgente ante cualquier Administración Pública andaluza. A partir de la efectividad de la declaración, los plazos ordinarios de trámite en los procedimientos administrativos previstos en la normativa andaluza, cuando afecten a inversiones declaradas de interés estratégico para Andalucía, se reducirán a la mitad, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos, a los procedimientos de concurrencia competitiva, a los de naturaleza fiscal y a los previstos en el art. 11. Asimismo, en estos procedimientos, se reducirá a la mitad el plazo máximo para resolver y notificar. Excepcionalmente, cuando la complejidad del procedimiento lo justifique, el órgano competente para resolver podrá acordar, por una sola vez y motivándola debidamente, la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación previsto. Dicha ampliación será por un tiempo limitado que, adicionado al plazo establecido, en ningún caso podrá superar el plazo para resolver y notificar establecido con carácter general en la norma reguladora del procedimiento. Con carácter general, se reducirán a la mitad los plazos de los procedimientos para el otorgamiento de cualquier autorización administrativa previa que resulte precisa para la ejecución de las obras o para la apertura o funcionamiento de instalaciones de las inversiones declaradas de interés estratégico para Andalucía, sin perjuicio de que el trámite de licencia previa pueda quedar sustituido por la correspondiente declaración responsable de acuerdo con lo previsto en el art. 13 del Decreto-ley y lo establecido en las normas sectoriales aplicables.

A las actuaciones declaradas de interés estratégico para Andalucía, les será de aplicación, en todo caso, el procedimiento abreviado previsto en el artículo 32 (Actuación Ambiental Unificada) de la Ley 7/2007, de 9 de julio,

GICA, sin perjuicio de los plazos establecidos en la legislación básica del Estado. La presentación de la declaración responsable o de la comunicación previa faculta a la correspondiente administración pública para comprobar, en cualquier momento, la veracidad de todos los documentos, datos y cumplimiento de los requisitos, por cualquier medio admitido en derecho.

Además, el Capítulo III incluye el conjunto de medidas de simplificación administrativa para agilizar la inversión de pequeñas y medianas empresas y de mejora de la regulación destinadas a facilitar la implantación de nuevas actividades empresariales y profesionales, entre las que se contemplan las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa, cambiándose el control previo de las AA.PP por el control posterior.

III. LA LICENCIA COMO TÉCNICA DE CONTROL PREVENTIVO. LICENCIA URBANÍSTICA

Jordana de Pozas convirtió en clásica la sistematización de las 3 modalidades fundamentales de la actuación material de la Administración Pública en función de la intensidad de la actividad administrativa en la esfera de los intereses de los ciudadanos, distinguiendo la actividad de policía administrativa (acción de coacción, mediante la cual los particulares ajustan obligatoriamente su comportamiento al interés público), de la de fomento (estímulo o persuasión) y la de servicio público.

Ya hemos analizado cómo la aprobación de la LASE, que transpone la DS, supone un nuevo marco en la regulación del sector servicios. Asimismo, la nueva redacción del art. 84 LBRL ha introducido y generalizado la comunicación previa o la declaración responsable como mecanismo ordinario de intervención en el ámbito local, junto a las licencias, que quedarán sujetas, respecto de las actividades servicios, a los principios incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 17/2009.

La Ley 25/2009 también añade un nuevo art. 39 bis a la Ley 30/92: “1. Las AA.PP que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. 2. Las AA.PP velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, in-

vestigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan”.

Estas normas y principios implican así la introducción de nuevas formas de control de la actividad posteriores a su instalación, menos gravosas y restrictivas entre todos los medios posibles. Pues bien, a todo ello obedeció que se publicara el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modificó el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (RSCL) –dictado en virtud de lo previsto en el art. 149.1.18^a CE que atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las AA.PP y con alcance de derecho estatal supletorio de acuerdo al art. 149.3 CE– con el objeto de modificar los arts. 5 y 22.1 del RSCL, exclusivamente con el fin de adecuar su contenido a lo previsto en la modificación de la LBRL, y sin menoscabo de las competencias normativas que correspondieren a las CC.AA y de la autonomía local. La nueva redacción de este art. 5 establecerá que *“la intervención de las Corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios enunciados en la legislación básica en materia de régimen local”*¹⁵. Asimismo, este RD suprime los arts 8 y 15.2¹⁶ por ser manifiestamente incompatibles con la nueva redacción de la Ley 7/1985, así como con el contenido y principios de la Ley 17/2009.

Definida la técnica jurídica de policía administrativa en que consiste la “licencia” como todo acto administrativo de naturaleza declarativa que remueve la limitación al ejercicio de un derecho preexistente, previa comprobación que hace la Administración Pública de su adecuación a la normativa aplicable a la luz del interés general, el art. 21 del RSCL impuso el deber de obtener preceptiva licencia urbanística respecto a las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las existentes, primera utilización de los edificios y modificación objetiva del uso de los mismos, con objeto de advenir fundamentalmente el ajuste del acto propuesto a los instrumentos de ordenación

¹⁵ En su originaria redacción disponía: *“la intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los siguientes medios: a) Ordenanzas, Reglamentos y Bandos de Policía y buen gobierno. b) Sometimiento a previa licencia y c) órdenes individuales, constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo”.*

¹⁶ El derogado art. 8 del RSCL autorizaba a que las CC.LL pudieran sujetar a sus administrados al deber de obtener previa licencia en los casos previstos en la Ley, el propio Reglamento u otras disposiciones de carácter general. Y el derogado art. 15.2. *“las referentes a actividades personales podrán limitarse a plazo determinado”.*

urbana; el cumplimiento por el Promotor del deber de realizar previa o simultáneamente la urbanización y si la edificación pudiere destinarse a un concreto uso en función de la zonificación pormenorizada, por reunir las condiciones técnicas de seguridad, salubridad y estéticas exigibles a su ubicación. De esta lectura y de la abundante jurisprudencia del TS se entresaca la definición de “licencia urbanística” como aquel acto administrativo de autorización simple –por operación– de carácter real y naturaleza reglada –es decir, un acto debido que rigurosamente debe otorgarse o denegarse– por cuya virtud se lleva a cabo por la Administración actuante un control previo de la actuación proyectada en desarrollo del *ius aedificandi*, verificándose el encaje de la materialización del aprovechamiento patrimonial a las exigencias del interés público, plasmado en la ordenación urbanística aplicable. Existe un derecho preexistente (el derecho de propiedad) y la adquisición gradual de lo edificado se produce con el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización, si bien para su ejercicio concreto se precisa que recaiga el control preventivo previo como instrumento autorizador y se patrimonialice el aprovechamiento subjetivo que resulta del aprovechamiento objetivo establecido por las normas urbanísticas.

Sujeta también la nueva redacción del art. 22.1¹⁷ del RSCL a los medios de intervención municipal, la apertura de establecimientos industriales y mercantiles, en los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, a fin de que la Corporación constate si los locales e instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad, salubridad, y las que, en su caso, dispongan los instrumentos de ordenación debidamente aprobados. La licencia como control administrativo previo llega a ser un acto de intervención administrativa de carácter excepcional y previsto únicamente en norma con rango de Ley (art. 5 de la Ley 17/2009). Mientras que la licencia de obra autoriza la construcción de un edificio o su acondicionamiento, la intervención municipal para apertura de establecimiento o actividad

¹⁷ Decía así este derogado apartado que consagraba y universalizaba la “licencia de apertura” en nuestro ordenamiento jurídico: “*estará sujeta a licencia la apertura de establecimientos industriales y mercantiles*”. Sin embargo, llama la atención que el art. 41.9 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, no haya sido modificado por la transposición de la DS, por lo que mantiene su redacción: “*El Alcalde preside la Corporación y ostenta las ss atribuciones: ...9. la concesión de licencias de apertura de establecimientos fabriles, industriales o comerciales y de cualquier otra índole, y de licencias de obras en general, salvo que las Ordenanzas o las leyes sectoriales la atribuyan expresamente al Pleno o a la Comisión de Gobierno*”.

concentra el control preventivo de la actividad a desempeñar en él. A esta dualidad de objetivos hay que añadir el hecho de que se regulen en normas jurídicas distintas. Cabe, por tanto, diferenciar atendiendo a su distinta naturaleza y objeto las licencias urbanísticas, la intervención municipal para apertura de establecimiento o ejercicio de actividad, de encadenamiento temporal simultáneo o sucesivo, pero sobre todo interdependientes y conexas, vinculada una a la preexistencia de la otra. Como diferenciaba la STS de 23/06/1981 respecto a la tradicional “licencia de apertura”, “*la licencia de obras y la de apertura tienen una finalidad distinta, pues la licencia de obras tiende a comprobar la adecuación del proyecto al planeamiento urbanístico, en tanto que la de apertura se encierra a verificar si los locales o instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad normativamente exigibles, y los que, en su caso, estuvieran dispuestos en los planes urbanísticos debidamente aprobados*”. Mediante la “licencia de apertura” se llevaba a cabo una actividad preventiva de control y comprobación a efectos de verificar si la actividad propuesta se ajustaba al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial, urbanística y medio ambiental de aplicación en cada momento a cada establecimiento industrial, comercial, profesional, de servicios y espectáculo público o actividad recreativa, así como sus modificaciones ya fueran de la actividad o del titular, al objeto de procurar que los mismos reuniesen las condiciones de tranquilidad, seguridad, salubridad, medio ambientales y cualesquiera otras exigidas por la normativa sectorial en cuanto a la actividad.

Insistir en el nuevo artículo 84 bis introducido por la Ley de Economía Sostenible ya transcrito en epígrafe correspondiente¹⁸. Queda claro que se limita la posibilidad de que las EE.LL establezcan licencias de apertura o actividad a determinados supuestos (cuando esté justificado y sea proporcionado atendiendo a determinadas razones de interés general, como son la seguridad, la sanidad, la protección del medio ambiente o la del patrimonio histórico artístico) y se refuerzan los mecanismos de control a posteriori. A mayor abundamiento, en esta dirección el art. 9 de la LAULA asigna a los Mu-

¹⁸ Dice así: “*sin perjuicio de lo dispuesto en el art. anterior, con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico artístico, la seguridad o la salud pública, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y alguna otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia y el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente*”.

nicipios andaluces las siguientes competencias propias: la gestión del procedimiento de calificación ambiental (apartado 12.a); el control preventivo en las actividades privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud (apartado 13 c); el control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, consumo, ocio y deporte y control sanitario de industrias, actividades y servicios (apartado 13 f) e i) y el control de los establecimientos ordenación, autorización y control del ejercicio de actividades económicas y empresariales, permanentes u ocasionales (apartado 22).

Bien entendido que cuando con arreglo al proyecto presentado la edificación se destinare específicamente a un uso o finalidad determinada, no será otorgada licencia de obras sin intervención para la apertura que aprecie la viabilidad de la propuesta. O como sigue diciendo literalmente el apartado 3 del art. 22 del RSCL que no ha sido afectado por el RD 2009/2009: “*cuando con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si fuera procedente*”. El control preventivo de la legalidad de estas actividades, llevado a cabo en régimen de concurrencia con unidad procedimental y de acto resolutorio, en cuanto su ejercicio ha de desarrollarse sobre una instalación previa, lleva consigo un control de la legalidad urbanística respecto del uso del suelo, que ha de realizarse a través de la licencia urbanística, de modo que en el otorgamiento de la licencia no sólo ha de comprobarse la conformidad de la actividad con la legislación sectorial. Actúa la potestad municipal en el ejercicio simultáneo de dos competencias atribuidas por sendos ordenamientos, el sectorial y el urbanístico, siendo este último previo y eventualmente excluyente. En la Comunidad Autónoma de Andalucía se han estado ejerciendo controles administrativos con carácter previo al amparo de estos arts. 8 (suprimido por RD 2009/2009) y 22 RSCL (cuyo apartado 1 tiene nueva redacción dada por RD 2009/2009) –que eran normas con rango reglamentario– pero se plantea el problema que no exista en el ordenamiento jurídico andaluz una norma con rango de Ley que determine expresamente con carácter general que los establecimientos y actividades económicas de toda índole queden sujetas a licencia de apertura o de actividad. Únicamente el art. 6.1 de la Ley 13/1999 en cuanto que no ha sido modificado por las normas de transposición de la DS, sigue declarando que corresponde a los Municipios la concesión de las autorizaciones municipales de obras o urbanísticas y de apertura de cualquier establecimiento público que haya de destinarse a la celebración de espectáculos o a la práctica de actividades recreativas sometidas a la presente Ley, de conformidad con la normativa aplica-

ble¹⁹, si bien es normativa sectorial, al igual que la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental y el Decreto 297/1995, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Calificación

¹⁹ Preceptuando el art. 10.1 de esta misma Ley que todos los establecimientos públicos que se destinen a la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas deberán reunir las condiciones técnicas de seguridad, higiene, sanitarias, de accesibilidad y confortabilidad, de vibraciones y de nivel de ruidos que reglamentariamente se determinen en las normas específicas de cada actividad, en las *Normas básicas de edificación y protección contra incendios* en los edificios y demás normativa aplicable en materia de protección del medio ambiente y de accesibilidad de edificios. Añadiendo el apartado 3 no modificado al día de hoy por la transposición de la DS que “en ningún caso se podrá otorgarla licencia de apertura o autorización para celebrar un espectáculo o realizar una actividad recreativa en tanto no se haya comprobado por la administración competente que el establecimiento cumple y reúne todas las condiciones técnicas exigibles de acuerdo con la normativa vigente que resulte de aplicación, estando obligado el titular de la actividad, o en su caso el organizador del espectáculo, al mantenimiento y observancia permanente de las condiciones técnicas en virtud de las cuales se concedió la autorización”.

Para interpretar el impacto de la DS en esta Ley de Espectáculos Públicos, decir que el día 18/03/2010, se emitió Informe por la Dirección General de Espectáculos Público y Juego sobre la incidencia en la Ley 13/1999 de la modificación del régimen de licencias municipales previsto en la LBRL y el RSCL, para su adaptación a la LASE. Mantiene este informe que “...el espíritu de la Ley 13/1999...indudablemente es el de establecer un marco general de autorización previa para dichas actividades, dentro de las condiciones y requisitos establecidos en la misma, lo que podría contravenir los principios establecidos en la Ley 17/2009. La Ley 13/99 es de aplicación tanto a la celebración de espectáculos públicos, al desarrollo de actividades recreativas, como a los establecimientos que las albergan, no obstante en el caso de apertura de establecimientos públicos, que es una competencia municipal recogida en el art. 6.1 de la Ley 13/99, hay que indicar que la citada norma no establece una autorización o licencia específica “ad hoc” para este ámbito, sino que se remite a la normativa general aplicable en materia de concesión de autorizaciones municipales de apertura, que no es otra que la Ley 7/85”. (...) Indudablemente estas modificaciones sobrevenidas (nueva redacción del art. 84 Ley 7/85 y 22.1 del RSCL) afectan directamente al régimen de licencia de apertura de aquellos establecimientos públicos de la Ley 13/99, que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, ya que, insistimos, en materia de apertura de establecimientos públicos, la Ley 13/99 no establece ninguna licencia “ad hoc” sino que se remite a la normativa general de régimen local. Esta insistencia viene a colación por lo establecido en el art. 5 de la Ley 17/2009 que establece que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores ningún régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad que habrán de motivarse suficientemente en norma con rango de Ley que establezca dicho régimen.

En este sentido se ha planteado en numerosas ocasiones la siguiente cuestión: ¿podría dicha norma con rango de Ley ser la propia Ley 13/99? Es necesario aclarar que la Ley 13/99, dado su rango normativo, puede seguir amparando y justificando aquellas autorizaciones previas afectadas por la Ley 17/2009, derivadas directamente del mandato de la propia norma, pero en ningún caso puede amparar con carácter general, el mantenimiento de las licencias municipales de apertura de establecimientos públicos, ya que las mismas, tal y como el ya citado artículo 6.1 establece, se rigen por su normativa aplicable (LBRL y el RSCL) que ha sido expresamente modificada al objeto de que el sometimiento a previa licencia municipal se sustituya por una declaración responsable o comunicación previa. Sólo mediante nueva norma con rango de Ley se podrá establecer con carácter excepcional y de mane-

Ambiental²⁰, que remiten a las licencias y autorizaciones establecidas en el Ordenamiento jurídico y no crean de modo autónomo licencia de apertura o de actividad de establecimientos clasificados por estas normas sectoriales. Dice así el art. 17 GICA: “*la obtención de las autorizaciones, así como la aplicación de los otros instrumentos regulados en el apartado primero del art. anterior (Autorización Ambiental Integrada, Autorización Ambiental Unificada, Evaluación Ambiental de Planes y Programas, la Calificación Ambiental y las Autorizaciones de Control de la Contaminación Ambiental), no eximirá a los titulares o promotores de cuantas otras autori-*

ra justificada, un régimen de autorización previa para la apertura de este tipo de establecimientos públicos”. A la vista de la exposición anterior, podría entenderse que algunos arts. de la vigente Ley 13/99 colisionan con el actual marco jurídico.

En este sentido y dado que no se ha abordado la modificación de la Ley 13/99 consideramos que las referencias continuas a los términos “licencias y autorizaciones” que aparecen a lo largo del texto normativo (arts. 2,5,6,9 y 10) son lo suficientemente genéricas para entender que no contradicen la Ley 17/2009, dado que la Ley 13/99, no sólo regula actividades exceptuadas de la propia norma de transposición de la Directiva que pueden seguir sujetas a licencia municipal de apertura, sino que además ampara actividades que van a continuar requiriendo un régimen de autorización previa. Sólo en el caso de referencias expresas a la licencia de apertura, se entenderá que están expresamente afectadas y modificadas, en los casos que proceda, por la actual normativa reguladora de las licencias municipales en el ámbito local, a la que la Ley 13/99 expresamente se remite en su art. 6.1.

Como conclusión, entendiendo el término establecimiento tal y como se define en el art. 3.5 de la Ley 17/2009 (estructura estable de carácter indefinido) equiparable a la definición de establecimiento fijo del art. 3.3. del Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía, el marco jurídico actual de las autorizaciones derivadas de la Ley 13/99, sería el siguiente:

La apertura de establecimientos fijos dedicados a la celebración y desarrollo de espectáculos públicos y actividades recreativas permanentes y de temporada del Nomenclátor y el Catálogo aprobado por el D. 78/2002, que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 se tendrán que someter, de conformidad con lo establecido en la legislación básica en materia de régimen local a declaración responsable ante el Ayuntamiento y al correspondiente control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma, salvo que con carácter excepcional una norma con rango de Ley estableciera un régimen de licencia previa. Hay que especificar que los Cines, los establecimientos de Juego y los Salones recreativos, al estar exceptuados del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 –art.2.2., g) y h)–podrían seguir sometidos al régimen de licencia municipal previa de apertura.

2. La celebración y desarrollo de espectáculos públicos y actividades recreativas ocasionales y extraordinarias, así como la instalación de establecimientos eventuales, tal y como se definen en el Decreto 78/2002, seguirán requiriendo, en cualquier caso, las autorizaciones municipales y/o autonómicas previas que correspondan, al amparo de lo establecido en el art. 6 apartados 2, 3 y 5 de la Ley 13/99. Hay que indicar que el Decreto 78/2002 va a ser expresamente modificado en este sentido, para dar cobertura jurídica a esta realidad”.

²⁰ Su todavía vigente art. 8 dispone que “*la calificación ambiental se integrará en el procedimiento de otorgamiento de la licencia necesaria para la implantación, ampliación, modificación o traslado de la actividad que se pretenda implantar*”.

ciones, concesiones, licencias o informes resulten exigibles según lo dispuesto en la normativa aplicable para la ejecución de la actuación. Las actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental regulados en el presente Título no podrán ser objeto de licencia municipal de funcionamiento de la actividad, autorización sustantiva o ejecución sin la previa resolución del correspondiente procedimiento regulado en esta Ley”.

Las actividades inocuas por su escasa incidencia medio ambiental quedarían sujetas al régimen de comunicación previa o declaración responsable regulado en el art. 7.1 de la Ley 17/2009. Si bien, dentro de estas actividades inocuas hay un grupo de ellas (art. 2.2 Ley 17/2009) que son exceptuada de su ámbito de aplicación (oficinas bancarias, farmacias...) y podrían quedar sujetas al régimen de otorgamiento de licencia de apertura previa a su funcionamiento. En este sentido, y aunque pueda ser cuestionable la desaparición de la tradicional “licencia de apertura” con esta denominación en el ordenamiento jurídico andaluz, puede resultar orientativa la Ordenanza Tipo reguladora de apertura de establecimientos para el inicio de actividades económicas elaborada por el Grupo de Trabajo en Andalucía para la transposición de la DS por los EE.LL, en la que han participado la Junta de Andalucía, la Federación Andaluza de Municipios y Provincias y las 8 Diputaciones Provinciales y que está siendo acogida por muchos Municipios andaluces. En cuanto al ámbito de aplicación, declara que el régimen de “declaración responsable” y control posterior se aplica a:

1. Apertura de establecimientos para el ejercicio de actividades económicas incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009.
2. Apertura de establecimientos para el ejercicio de actividades económicas no incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, cuando no se encuentren sometidas a instrumentos de control y prevención ambiental de competencia autonómica conforme a la Ley 7/2007, de 9 de julio, GICA.
3. Modificaciones de las actividades sometidas a declaración responsable.
4. El cambio de actividad de las actividades.

Por razones imperiosas de interés general, de orden público, seguridad pública, salud pública, seguridad de los destinatarios de bienes y servicios, de los trabajadores, protección del medio ambiente, el procedimiento de otorgamiento de “licencia de apertura” lo aplica la Ordenanza Tipo a:

1. Los supuestos previstos en normas con rango de Ley de actividades incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, y concreta-

mente las referidas a espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter ocasional y extraordinario de acuerdo con los apartados 2, 3 y 5 del art. 6 de la Ley 13/1999 (instalación de estructuras no permanentes o desmontables destinadas a la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades recreativas; la instalación de atracciones de feria en espacios abiertos, previa comprobación de que las mismas reúnen las condiciones técnicas de seguridad para las personas, a tenor de la normativa específica aplicable y los establecimientos públicos destinados ocasionalmente y esporádicamente a la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades recreativas no sujetas a autorización autonómica, cuando no disponga de licencia de apertura adecuada a dichos eventos o se pretenda su realización y desarrollo en vías públicas o en zonas de dominio público).

2. Apertura de establecimientos para el ejercicio de actividades económicas no incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, cuando se encuentren sometidas a instrumentos de control y prevención ambiental de competencia autonómica conforme a la Ley 7/2007, GICA (Autorización Ambiental Integrada y Autorización Ambiental Unificada).
3. Modificaciones de las actividades sometidas a licencia municipal.

1. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 61/1997, de 20 de marzo

No podemos continuar sin destacar la trascendental Sentencia del TC nº 61/1997, de 20 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad por motivo de exceso competencial, de una serie de preceptos primordiales en lo que aquí interesa del hoy derogado (por el RDL 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo) Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, entre los que se incluyen los hoy derogados apartados 2, 3, 4, 5 y 7 del art. 242, y hoy derogado apartado 3 del art. 243 (téngase en cuenta que el apartado 1 del art. 243 que subsistía, fue derogado por la también hoy derogada (por el RDL 2/2008) Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, que remitía simplemente a la legislación de régimen local la regulación de la competencia para otorgar licencias) y hoy también derogados apartados 1 y 5 del art. 244 de LS/92, integrados en su Título VII (*Intervención administrativa en la edificación y uso del suelo, y disciplina urbanística*), Capítulo I (*Intervención en la edificación y uso del suelo*), Sección 1ª (*Licencias*), habida cuenta de la habilitación que se hace a la Comunidades Autónomas en el art. 148.1.3ª CE para legislar sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. El fallo del máximo intérprete de la Constitución delimitó los límites

de la intervención estatal en las materias contempladas en el texto del 92, reduciéndolas a las condiciones básicas garantes de la igualdad en el ejercicio de la propiedad urbana (149.1.1ª CE), los criterios de valoración del suelo y la potestad expropiatoria (149.1.13ª y 18ª CE); y residenciará en las CC.AA la competencia para legislar en materia de ordenación urbanística.

Argumentando el alto Tribunal que *“sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades tales como las referidas a...la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas (...)*”. Según el diseño constitucional de reparto competencial, no podrá ignorarse que junto a la posible asunción por las CC.AA de las competencias urbanísticas, igualmente el art. 149.1 CE gravita en el Estado competencias exclusivas que pueden afectar puntualmente a la materia urbanística, como las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales, legislación sobre expropiación forzosa, sistema de responsabilidad y procedimiento administrativo común. Mantuvo, por tanto, el Tribunal la constitucionalidad del hoy derogado apartado 1 del art. 242²¹ haciendo observar que *“hemos de situar la actividad edificatoria, en cuanto actividad final a la que han de incorporarse los propietarios del suelo tras la correspondiente urbanización, en el contexto del sistema que el legislador estatal ha diseñado como estatuto básico de la propiedad urbana, desde su competencia ex art. 149.1.1ª CE. En tal sentido, el acto de edificación implica la materialización sobre un determinado terreno –solar– del aprovechamiento urbanístico patrimonializado por el titular dominical de aquél, de tal manera que el acto autorizatorio de la licencia municipal no es sino el modo de control o intervención administrativa para fiscalizar si se ha producido la adquisición de dicha concreta facultad urbanística, cual es el derecho a edificar, cumpliendo así la licencia no sólo la finalidad de comprobar si la edificación proyectada se ajusta al Plan y a la legislación urbanística sino también como prescribe el art. 242.4, para las actuaciones asistemáticas, si el aprovechamiento proyectado se ajusta al susceptible de apropiación. No puede entenderse el precepto enjuiciado desconectado del art. 33 en cuanto éste dispone que el otorgamiento de licencia determinará la adquisición del derecho a edificar, siempre que el proyecto presentado fuere conforme con la ordenación urbanística aplicable. Situado en este contexto legal, el art. 242.1 al exigir con carácter preceptivo la licencia para todo acto de edificación responde a la lógica interna de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos de la propiedad urbana (derecho a edificar) regulación que al Estado compete en virtud del art. 149.1.1ª CE. Ello explica que el apartado 1, objeto de nuestro enjuiciamiento, aluda exclusivamente a actos de edificación y no a los restantes supuestos de usos del suelo y del subsuelo que, en cuanto no se or-*

²¹ Que imponía: *“Todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal”*.

denan directamente a materializar el aprovechamiento urbanístico, no pueden ampararse en el invocado título competencial del Estado.” En cuanto al hoy también derogado apartado 6 de este mismo artículo, resultó también intocable para el garante de la Constitución por encuadrarse en la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las AA.PP y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18ª CE).

2. Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo

Según su Disposición Final Primera, los arts. 1 a 9 de esta Ley de Suelo son “básicos” puesto que tienen el carácter de condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales y, en su caso, de bases del régimen de las AA.PP, de la planificación general de la actividad económica y de protección del medio ambiente, dictadas en el ejercicio de las competencias reservadas al legislador general en el art. 149.1.1ª, 13ª, 18ª y 23ª de la CE.

De forma que el RDL 2/2008, de 20 de junio, según sus arts. 1, 2 y 3, regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal. Garantizando la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística la dirección y el control por las AA.PP competentes del proceso urbanístico en sus fases de ocupación, urbanización, construcción o edificación y utilización del suelo por cualesquiera sujetos, públicos y privados (art. 3.2.a). Y el apartado d) del art. 6, el derecho del propietario a realizar en sus terrenos, por sí o a través de terceros, la instalación, construcción o edificación permitidas, siempre que los terrenos integren una unidad apta para ello por reunir las condiciones físicas y jurídicas requeridas legalmente y aquéllas se lleven a cabo en el tiempo y las condiciones previstas por la ordenación territorial y urbanística y de conformidad con la legislación aplicable.

Conforme a la función social de la propiedad establecida en su día por la LS/92 y a través de lo que se conoció como “adquisición gradual de las facultades urbanísticas” y de los derechos de contenido urbanístico que correspondían al propietario de suelo (derecho a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar y derecho a la edificación), con esta nueva Ley estatal estas facultades incluyen (art. 8):

- a) La de realizar las instalaciones y construcciones necesarias para el uso (agrícolas, ganaderos...) y disfrute del suelo conforme a su naturaleza

- que, estando expresamente permitidas, no tengan el carácter legal de edificación²².
- b) La de edificar sobre unidad apta para ello en los términos dispuestos en la letra d) del artículo 6, cuando la ordenación territorial y urbanística atribuya a aquélla edificabilidad para uso o usos determinados y se cumplan los demás requisitos y condiciones establecidos para edificar. Imponiendo el art. 8.1.b) que *“todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística. Su denegación deberá ser motivada. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”*. El origen de este apartado b) han sido los arts. 242.1 y 243.2 de la LS/92²³, sustituyéndose la tradicional “preceptiva licencia municipal” por otros actos habilitantes: “acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo” siguiendo la tendencia de la última legislación sectorial que evita cualquier mención al término “licencia”, de tanto raigambre en el Derecho patrio.
- c) La de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del art. 14, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación.

3. Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía

En cumplimiento de la Disposición Final Única de la LOUA, en BOJA de 07/04/ 2010 se publicó el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁴ (RDUa a partir de ahora), que tiene por objeto el desarrollo de

²² Es decir, es posible realizar construcciones permitidas que no entren en el concepto de edificación según art. 2 de la LOE).

²³ Sigue siendo legislación supletoria el art. 178. 1 Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por RD 1846/1976, de 9 de abril y art. 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por RD 2187/1978, de 23 de junio.

²⁴ Como dice su Exposición de Motivos *“se ha puesto especial énfasis en la regulación de los instrumentos preventivos para la protección de los intereses generales territoriales y urbanísticos. Es por ello que se detallan aspectos relativos a la naturaleza, tipología, régimen jurídico y el procedimiento para la concesión de las licencias urbanísticas, con vocación de establecer las reglas esenciales en todo el territorio de las Comunidad Autónoma de Andalucía...”*.

los Títulos VI y VII de la LOUA, estableciendo la regulación de los instrumentos que habilitan la actividad administrativa en materia de disciplina urbanística: la intervención preventiva de los actos de edificación o construcción y uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, de acuerdo con los principios de legalidad, intervención preventiva, oficialidad, celeridad, eficacia, eficiencia, planificación, programación y congruencia y colaboración y cooperación interadministrativa.

La actividad urbanística es entendida por LOUA como una función pública que comprende la planificación, organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, así como la transformación de este mediante la urbanización y edificación y sus consecuencias para el entorno. Para el desarrollo de esta actividad urbanística, la Administración pública competente ejerce la potestad, entre otras de policía de uso del suelo y de la edificación y protección de la legalidad urbanística. Siendo de ejercicio inexcusable las potestades administrativas en materia de uso del suelo y en la intervención preventiva de los actos de instalación, construcción y edificación, así como en materia de protección de la legalidad urbanística y sancionadora, cuando concurren los presupuestos legales y reglamentarios establecidos para ello (arts. 1, 2 y 3).

Reiterar que el considerando 9 establece que la DS (y por ende la Ley 17/2009) sólo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, por lo que no se aplica a requisitos tales como normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir estas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada. Sorprende que en este Decreto andaluz ni en la normativa de régimen local andaluz no solo no aparezca ninguna referencia al régimen de comunicación previa o declaración responsable surgido a partir de la transposición de la DS, sino que también se insista en su art. 4 en que el ejercicio legítimo de las potestades de las AA.PP competentes a través de la intervención preventiva en todo tipo de actos de instalación, construcción o edificación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, necesite de la obtención de la correspondiente resolución o resoluciones en que deba concretarse la intervención administrativa.

De modo que la legitimidad de la ejecución de los actos de urbanización, construcción o edificación e instalación, así como de cualquier otra obra o uso

objetivo del suelo, salvo las excepciones expresamente establecidas en la Ley, tiene como presupuesto la concurrencia de las ss circunstancias (art. 168 LOUA y 4.2 RDUa):

a) La vigencia de la ordenación territorial y urbanística idónea conforme a Ley para legitimar la actividad de ejecución. Requiere como presupuesto el establecimiento de la ordenación pormenorizada del suelo y el cumplimiento de los deberes legales, la previa ejecución de las obras de urbanización o el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para simultanear las obras de urbanización y las de edificación²⁵.

b) La cobertura en proyecto adecuado administrativamente, cuando sea legalmente exigible y la obtención, como veremos más adelante (art. 13.1.a RDUa)

c) Vigencia y eficacia de la resolución o resoluciones en que deba concretarse la intervención administrativa previa conforme a Ley (art. 4.2 del Decreto). Este derecho y deber de edificar en el plazo máximo que fije el instrumento de planeamiento aplicable o, a falta del mismo la Corporación por el procedimiento de delimitación de unidad de ejecución, corresponde al propietario del suelo que ostente derecho suficiente para ello, sin perjuicio de su ejercicio y cumplimiento a través de tercero. El art. 22 del RDUa regula la eficacia temporal y caducidad de las licencias urbanísticas.

IV. CONCEPTO Y OBJETO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS

1. Concepto. La licencia urbanística es el acto administrativo mediante el cual se hacen efectivas la parcelación, edificación, ocupación o uso relativo

²⁵ De forma que en suelo urbano consolidado, en suelo urbano no consolidado con ordenación pormenorizada y en el urbanizable ordenado, será suficiente la aprobación del PGOU o, en su caso, del POI; en suelo urbano no consolidado sin ordenación pormenorizada y en suelo urbanizable sectorizado se requerirá la previa aprobación del Plan Parcial de Ordenación del sector correspondiente o, cuando se trata de áreas de reforma interior, la del correspondiente Plan Especial o Estudio de Detalle; en el suelo urbanizable no sectorizado sólo podrá actuarse mediante la aprobación del Plan de Sectorización y, cuando éste no contenga la ordenación pormenorizada, de los correspondientes Planes Parciales de Ordenación para su ejecución (art. 96.1 LOUA). Al efecto, considera la Ley andaluza como solar las parcelas de suelo urbano dotadas de los servicios y características que determine la ordenación urbanística, y como mínimo acceso rodado por vía urbana pavimentada; suministro de agua potable y energía eléctrica con caudal y potencia suficiente para la edificación, construcción e instalación prevista; evacuación de aguas residuales la red pública y el señalamiento de alineaciones y rasantes, de existir planeamiento.

a un suelo en función de su clasificación y calificación, previa adecuación a lo exigido en las leyes, el planeamiento y la normativa urbanística. A través de la licencia urbanística, la intervención administrativa municipal se cierra a la comprobación de la integridad formal del proyecto técnico y otra documentación exigible para ejecutar las obras, instalaciones o implementación de actividad, así como la habilitación legal del autor, a través del visado colegial, y de la conformidad de lo proyectado con la ordenación urbanística aplicable, estando vedado que a través de esta figura se controlen aspectos técnicos, de estructuras o de materiales a emplear. Es un acto reglado de verificación del encaje de la ejecución proyectada a las determinaciones y parámetros urbanísticos. Por tanto, la licencia de obras *strictu sensu* presupone un control de si las características, de edificabilidad, usos admitidos en la zona, volumen, altura, ocupación de parcela, linderos... se ajustan a la normativa urbanística reguladora de tales extremos, sin consideración de las actividades concretas a realizar dentro de los usos permitidos en esa parcela. La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su art. 2 (dictado al amparo de los arts. 149.1.6^a, 8^a, 30^a CE) entiende por “edificación” la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido entre los grupos que enumera²⁶.

²⁶ a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural; b) aeronáutico; agropecuario, de la energía; de la hidráulica; minero de telecomunicaciones; del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene; y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación. c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores. Tendrán la consideración de edificación y requerirán proyecto las ss obras: a) obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica (consistiendo normalmente en pequeñas obras de simple reparación, decoración, ornamentación o cerramiento que serían obras menores –STS 21/02/1984) que no tengan de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta; b) obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio; c) obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección. Considerándose comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio.

El Capítulo II, Sección 1ª del nuevo RDUa está dedicado a las licencias urbanísticas, estableciendo los arts. 5 y 6 que la licencia es un acto reglado de competencia exclusiva de la Administración municipal, no pudiendo concederse licencias con base a las determinaciones de planeamientos futuros ni siquiera condicionadas a la aprobación de los mismos, ni otorgarse licencias urbanísticas para la realización de actos de construcción o edificación o instalación y usos del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, que requieran otras autorizaciones o informes administrativos previos hasta que sean concedidos o emitidos, en los términos recogidos en la legislación sectorial.

Las licencias urbanísticas deben otorgarse dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de terceros y para solicitarlas no será necesario acreditar la titularidad dominical de los inmuebles afectados o derecho subjetivo bastante, salvo cuando su otorgamiento pueda afectar a los bienes y derechos integrantes del patrimonio de las AA.PP, tanto de dominio público o demaniales, como de dominio privado o patrimoniales, sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones exigibles de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora del patrimonio de la correspondiente Administración pública²⁷.

²⁷ Aun cuando el art. 12 del RSCL establece que “*las licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero*” y que “*no podrán ser invocadas para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal en la que hubieren incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades*” y que el art. 10 dispone que “*los actos de las Corporaciones locales por los que se intervenga la acción de los administrados producirán efecto entre la Corporación y el sujeto a cuya actividad se refieran, pero no alterarán las situaciones jurídico privadas entre éste y las demás personas*”, y que en principio no correspondería a la Administración comprobar a través del instrumento de la licencia comercial o urbanística la titularidad dominical del terreno donde se proyecta, sino que corresponde a los Tribunales Civiles verificar las situaciones jurídico privadas conforme al art. 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ello no obstante, el art. 148.3 de la LOUA, que mantiene intacta su redacción originaria, señala que “*el derecho y deber de edificar corresponden a quien sea su propietario, o cuenten con derecho suficiente para ello*”. Esta declaración parecería habilitar a la Administración para comprobar que se ostenta título jurídico suficiente para promover actuación sujeta a licencia en supuestos dudosos o litigiosos ya que como sienta la STS de 17/02/1998, la propiedad del suelo no es independiente del derecho a edificar, e incluso la STS de 18/02/1999 da un paso más al extender la facultad comprobatoria a supuestos en que “*existan dudas razonables sobre la titularidad privada de los terrenos*”, lo que no supone en modo alguno como ya declaró el TS en sentencia de 04/11/1975 que “*el Ayuntamiento vaya a definir derechos o contiendas de carácter civil ajenos a su competencia*”. Las STS 28/01/1995 y 25/05/1991 declaran que el control de legalidad que se ejerce a través de la licencia, no es general, sino exclusivamente urbanístico, por lo que no compete al Ayuntamiento comprobar la titularidad dominical del solar, parcela o finca ni son éstas instrumento adecuado para enjuiciar

2. Objeto. Constituye el objeto de la licencia urbanística la comprobación por la Administración municipal de que las actuaciones de los administrados sujetas a ella se adecuan a la ordenación territorial y urbanística vigente. Para ello la intervención municipal irá dirigida a comprobar, entre otros, los ss aspectos:

1. El cumplimiento de los presupuestos legalmente exigibles para la ejecución de los actos sujetos a licencia.
2. La adecuación de los actos sujetos a licencia a las determinaciones urbanísticas establecidas en los instrumentos de planeamiento vigentes y a las normas urbanísticas en ellos contenidas, así como la planificación territorial vigente. A tal efecto, se verificará el cumplimiento de, al menos, las ss determinaciones urbanísticas: condiciones de parcelación; usos urbanísticos, densidades y tipología de la edificación; alineaciones y rasantes; edificabilidad, altura de la edificación, ocupación permitida de la edificación, situación, separación a linderos y entre edificaciones, fondo edificable y retranqueos; dotaciones y equipamientos de carácter público o privado previstos para la parcela o solar y Ordenanzas municipales de edificación y urbanización.
3. La incidencia de la actuación propuesta en el grado de protección de los bienes y espacios incluidos en los Catálogos y la existencia de los servicios urbanísticos necesarios para que la edificación pueda ser destinada al uso previsto.

En los términos previstos en la normativa sectorial, la actuación municipal se extenderá, con motivo del otorgamiento de la licencia urbanística, al examen del cumplimiento de aquellas previsiones cuya competencia se atribuya expresamente a los Ayuntamientos, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5.2. Con arreglo a las determinaciones de contenido específico del art. 10 LOUA, el PGOU deberá determinar, para cada una de las distintas clases de suelo en que se clasifica el territorio, la siguiente regulación de uso: en suelo ur-

situaciones jurídico-privadas, por estar atribuidas a Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil. Ahora bien, tan sólo es necesaria prueba de la propiedad alegada cuando el Ayuntamiento oponga un dominio propio que está obligado a defender de oficio. La Administración tan sólo pudiera denegar la licencia cuando con su “materialización se invada o perturbe el dominio público e incluso cuando claramente se invadan bienes patrimoniales” (STS de 02/01/1992), por prevalecer entonces el interés general.

bano, la regulación de los usos pormenorizados o el uso global; en suelo urbanizable, los usos globales de cada sector y en su caso, los usos complementarios o incompatibles y en suelo no urbanizable, los usos admisibles, entendiéndose que aquellos no expresamente autorizados son usos prohibidos²⁸.

²⁸ Los Planes Especiales de Ordenación en suelo urbano y los Planes Parciales en las Ordenanzas podrán regular de forma más específica la implantación de usos en sus ámbitos. Por el grado de detalle de su aplicación, se distinguen los siguientes usos: usos globales (los que el PGOU asigna a las unidades de planeamiento en suelo urbano y a los distintos sectores de suelo urbanizable, y que son susceptibles de ser desarrollados en usos pormenorizados por el propio PGOU o por alguna otra figura de planeamiento). Son usos pormenorizados los que el PGOU o los instrumentos de planeamiento que lo desarrollan a través de su localización en los planos, y que no pueden ser alterados por ninguna otra figura de planeamiento. Por su relación con otros usos de la misma zona o área: usos característicos (el que tiene asignada más superficie edificable en el Área de Reparto correspondiente). Se consideran usos compatibles los que puedan implantarse en un ámbito territorial de cualquier magnitud en coexistencia con el uso característico, sin perder ninguno de ellos su carácter o los efectos que le son propios. La compatibilidad de un uso respecto al característico implica la posible implantación en un mismo ámbito territorial, con las condiciones a determinar. Los usos prohibidos son los que se impiden en el PGOU u Ordenanzas de los Planes Parciales o Especiales, por hacer imposible el logro de objetivos de ordenación en un concreto ámbito territorial. Y aquellos otros que aún no estando específicamente vedados, sean incompatibles con los usos permitidos aunque sometidos a restricciones en la intensidad o forma de uso.

Cuadro que se sintetiza los usos urbanísticos más frecuentes:

USOS GLOBALES		USOS PORMENORIZADOS	
1. Residencial	1.1 Vivienda	1.1.1	Unifamiliar
		1.1.2	Plurifamiliares
		1.1.3	Despacho profesional doméstico
	1.2 Alojamiento	1.2.1	Hotelero
		1.2.2	Otros alojamientos turísticos
		1.2.3	Residencias comunitarias
2. Turístico	Mismos usos básico y pormenorizados que el uso global residencial, con las matizaciones que se verán.		
3. Actividades Económicas	3.1 Industrias y almacenes	3.1.1	No compatible con el territorio municipal
		3.1.2	No compatible con el medio urbano
		3.1.3	No compatible con zonas residenciales
		3.1.4	Compatibles con zonas residenciales
		3.1.5	Compatibles con el uso de vivienda
	3.2 Comercio	3.1.1	Local comercial
		3.2.2	Agrupación comercial
		3.2.3	Grandes superficies
	3.3 Servicios terciarios	3.3.1.	Espectáculos y salas de reunión
		3.3.2	Oficina
		3.3.3	Aparcamientos y garajes
	4. Dotacional y Servicios Públicos Generales	4.1. Dotacional	4.1.1
4.1.2.			Deportivo
4.1.3			Deportivo-turístico y lúdico
4.1.4			Servicios de interés público y social
4.1.4.1			Sanitario
4.1.4.2			Asistencial
4.1.4.3			Cultural
4.1.4.4			Administrativo Público
4.1.4.5		Mercados	
4.1.4.6		Servicios urbanos	
4.1.4.7		Religioso	
4.1.4.8	Servicios en general		
4.2 Servicios públicos generales	4.2.1	Cementerios	
	4.2.2.	Defensa	
5. Espacios libres	5.1 Zonas verdes o jardines		
	5.2. Parques	5.2.1	Parque central
		5.2.2	Parques periféricos
6. Transportes e infraestructuras urbanas básicas	6.1.Viario		
	6.2 Estación de autobuses		
	6.3 Infraestructuras urbanas básicas		
7. Agropecuario			

En cuanto a los requisitos básicos de la edificación, dispone el art. 3 de la Ley 38/1999, LOE (dictado al amparo de los arts. 149.1.16^a, 21^a, 23^a y 25 CE) que con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que satisfagan los requisitos básicos relativos a la funcionalidad (utilización; accesibilidad; acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información; facilitación para acceso a los servicios postales); relativos a la seguridad (seguridad estructural; seguridad en caso de incendio; seguridad de utilización) y relativos a la habitabilidad: higiene, salud y protección del medio ambiente; protección contra el ruido; ahorro de energía y aislamiento térmico y otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio.

La intervención municipal en los aspectos técnicos relativos al cumplimiento de las exigencias básicas de calidad de la edificación a las que se refiere el RD 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, se entiende sin perjuicio de las responsabilidades de los agentes que intervengan en el proceso de edificación conforme a su normativa reguladora, así como sin perjuicio del control que corresponda a otras AA.PP respecto de la verificación del cumplimiento de las condiciones técnicas reglamentarias de las instalaciones previstas en los edificios, de cuyo cumplimiento serán responsables quienes las proyecten y certifiquen conforme a la normativa reguladora para su puesta en funcionamiento.

V. TIPOLOGÍA Y ACTOS SUJETOS A LICENCIAS URBANÍSTICAS

Concordantes artículos 8.1.b) del RDL 2/2008 y 5 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación²⁹, por expreso mandato del art. 169 de la LOUA y art. 8 RDU, resulta que están sujetos a previa licencia urbanística municipal los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, de acuerdo con lo preceptuado en la legislación urbanística y normas generales reglamentarias a que la misma remite, las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio, los instrumentos de

²⁹ Que señala: “La construcción de edificios, la realización de las obras que en ellos se ejecuten y su ocupación precisará las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, de conformidad con la normativa aplicable”.

planeamiento³⁰ sin perjuicio de las restantes autorizaciones o informes preceptivos sectoriales. Los 7 apartados de este precepto andaluz enumeran ejemplificativamente así estos actos, que no exhaustivamente, al concluir diciendo sin perjuicio de “g) cualesquiera otros actos que se determinen reglamentariamente o por el correspondiente Plan General de Ordenación Urbanística”:

a) Las parcelaciones urbanísticas a que se refiere la Sección Sexta del Capítulo II del Título II de la presente Ley, salvo que estén contenidas en Proyectos de Reparcelación aprobados o sean objeto de declaración de innecesiedad de la licencia.

b) Los movimientos de tierra, la extracción de áridos, la explotación de canteras y el depósito de materiales.

c) Las obras de vialidad y de infraestructuras, servicios u otros actos de urbanización, que deban realizarse al margen de Proyectos de Urbanización debidamente aprobados.

d) Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase y cualquiera que sea su uso, definitivas o provisionales, sean de nueva planta o de ampliación, así como las de modificación o reforma, cuando afecten a la estructura, la disposición interior o el aspecto exterior, y las de demolición de las existentes, salvo el supuesto de ruina física inminente.

e) La ocupación y primera utilización de los edificios, establecimientos e instalaciones en general, así como la modificación de su uso.

f) Las talas en masas arbóreas y vegetación arbustiva, así como de árboles aislados que sean objeto de protección por los instrumentos de planeamiento” ...

Por lo que aquí más interesa, tienen la consideración de licencias urbanísticas³¹:

- a) Las de edificación, obras e instalaciones. Tiene por finalidad comprobar que las actuaciones previstas son conformes a lo dispuesto en la legislación y en el planeamiento urbanístico vigente (art. 7. c)

³⁰ Que son según el art. 7 LOUA: los PGOU, Planes de Ordenación Intermunicipal y Planes de Sectorización –como instrumentos de planeamiento general–; Planes Parciales de Ordenación, Planes Especiales y Estudios de Detalle –que son planes de desarrollo– y Catálogos) y restantes instrumentos de ordenación urbanística (es decir, las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística, las Ordenanzas Municipales de Edificación y las Ordenanzas Municipales de Urbanización)

³¹ Dice el texto completo del art 7 RDUA que tendrán la consideración de licencias urbanísticas las ss:

- a) **De parcelación.** Tiene por finalidad comprobar que la alteración propuesta del inmueble se ajusta a la legislación urbanística y a los instrumentos de planeamiento aplicables. (...)

b) De ocupación y de utilización. Tienen por objeto comprobar que el uso previsto para un edificio, o parte del mismo, es conforme a la normativa y a la ordenación urbanística de aplicación. Cuando se trate de edificios para los que haya sido otorgada licencia de obras de nueva construcción, ampliación, modificación, reforma o rehabilitación, tendrá por objeto, además, comprobar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada. La licencia de ocupación se exigirá cuando el uso previsto sea el de vivienda, y la licencia de utili-

b) De **Urbanización**. Tiene por finalidad comprobar que las actuaciones de transformación del suelo se ajustan a la legislación urbanística y a los instrumentos de planeamiento aplicables. No será su objeto las obras comprendidas en proyectos de urbanización previamente aprobadas, ni las complementarias a la edificación contenidas en el proyecto de edificación.

c) De **edificación, obras e instalaciones**. (...).

d) De **ocupación y utilización**. (...).

e) De **otras actuaciones urbanísticas estables**. A los efectos del RDUA tendrán esta consideración las que no implican ni urbanización ni edificación pero tienen carácter permanente, independientemente de su duración tales como los supuestos indicados en art. 8 apartados b), f), h), i), j), k), l), m), n) ñ), y o).

f) De **Usos y obras provisionales**. Con carácter excepcional, siempre que no dificulten la ejecución del correspondiente instrumento de planeamiento, se puede otorgar licencias para el desarrollo de usos y obras provisionales no previstas en el plan en los términos fijados en las Leyes y en este Reglamento. Esta licencia tiene por finalidad comprobar que los usos y obras provisionales no están expresamente prohibidos por la legislación urbanística o sectorial ni por el planeamiento general. Las mismas tendrán acceso al Registro de propiedad de acuerdo con lo previsto en el art. 34 LOUA, no generarán derecho a indemnización en el caso de ser necesario su cese o demolición a requerimiento municipal, al amparo de la normativa urbanística o sectorial que sea de aplicación. Asimismo, quedará sujeta a la prestación de garantía por importe correspondiente a la restitución al estado original. Igualmente, al art. 53 LOUA permite las construcciones, instalaciones y obras de naturaleza provisional hasta tanto no cuenten con ordenación pormenorizada, en los terrenos de suelo urbanizable no sectorizado y urbanizable sectorizado. El otorgamiento de la autorización y sus condiciones deberán hacerse constar en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos dispuestos por la legislación Hipotecaria, como señala el art. 34 en relación con el 177.1.e) LOUA y art. 76 del RD 1093/97, es decir mediante una nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca correspondiente, sobre la base de solicitud del titular registral, o con su audiencia a requerimiento de la Administración actuante, a la que se acompañará certificación literal del acuerdo de concesión de la licencia. En dicha nota se expresará a la vista de la certificación administrativa “*el deber de demolición de las edificaciones cuando lo acordare el Ayuntamiento, si derecho a indemnización en su caso y con las demás consecuencias previstas en la legislación urbanística*”.

De **demolición**. Tiene por objeto la realización de obras de demolición de edificios, construcciones o instalaciones.

zación en los demás supuestos conforme al cuadro plasmado en el epígrafe anterior (art. 7 d).

La confusión entre la cédula de habitabilidad y la licencia de primera ocupación fue tal que la CAA la suprimió en beneficio de la segunda. El Reglamento de Disciplina Urbanística estatal, aprobado mediante Decreto 2187/1978, de 23 de junio, ya incluía en su art.1. 10 como actos sujetos a previa licencia “*la primera utilización u ocupación de los edificios e instalaciones en general*”, aunque utilizando una fórmula que induce a confusión, incluso a identificarlas, lo que aparece presente en numerosas Sentencias (ej STSJA 26/01/2007). Ya se ha visto que el art. 169. 1. e) LOUA establece que están sujetos a previa licencia urbanística municipal, sin perjuicio de las demás autorizaciones o informes que sean procedentes con arreglo a esta Ley o a la legislación sectorial aplicable, la ocupación y la primera utilización de los edificios, establecimientos e instalaciones en general, así como la modificación de su uso. Licencias que tiene por objeto comprobar, como explicó el art. 21.2.d) RSCL, si el edificio puede destinarse a determinado uso por estar situado en zona apropiada y reunir las condiciones técnicas de seguridad y salubridad y, en su caso, si el constructor ha cumplido el compromiso de realizar simultáneamente la urbanización o como dice la STS de 09/03/1993 “*fiscalizar si el edificio puede habilitarse para el uso pretendido, por estar en zona apropiada y reunir las condiciones idóneas de seguridad y salubridad*”. Pero a partir del RDU se simplifica la denominación (desaparece la referencia a “primera”) y la licencia de utilización adquiere protagonismo propio e incluso una fuerza expansiva que entiendo importantísima al distinguirse ya claramente de la licencia de ocupación y ante la cuestionada desaparición de la licencia de apertura por la generalización de la comunicación previa y declaración responsable debido al impacto de la transposición de la DS, de modo que podría suplirla parcialmente en cuanto a su control urbanístico previo por tener por objeto, además de comprobar que el uso previsto para un edificio o parte del mismo sea conforme a la normativa y ordenación urbanística de aplicación, que cuando se trate de un edificio para el que haya sido otorgada licencia de obras de nueva construcción, ampliación, modificación o reforma o rehabilitación se comprueba la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada. De modo que la licencia de ocupación tendrá por objeto comprobar que el uso previsto de vivienda para un edificio o parte del mismo sea conforme a la normativa y a la ordenación urbanística de aplicación y la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada. Mientras que la licencia de utilización tienen por objeto comprobar que el resto de usos (que no sean vivienda conforme al cuadro plasmado) previstos para un edificio, o parte del mismo, sean conforme a la normativa y a la ordenación urbanística de aplicación. Y cuando se trate de edificios para los

que haya sido otorgada licencia de obras de nueva construcción, ampliación, modificación, reforma o rehabilitación, tendrá por objeto, además, comprobar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada. Sancionándose con multa del 20% al 25% del valor del edificio, establecimiento o instalación, todo cambio en el uso objeto de la licencia o al que estén destinados y que contradiga la ordenación urbanística aplicable (art. 96 RDU). Más aún cuando el art. 6.2 del RDU señala que *“en los términos previstos en la normativa sectorial, la actuación municipal se extenderá, con motivo del otorgamiento de la licencia urbanística, al examen del cumplimiento de aquellas previsiones cuya competencia se atribuya expresamente a los Ayuntamientos, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5.2”*.

Insistir diciendo que las licencias de ocupación y utilización adquieren a partir de la entrada en vigor del RDU máxima relevancia puesto que las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas o cualquier producto o servicio energético y servicios de telecomunicaciones exigirán para la contratación definitiva de los servicios respectivos la licencia de ocupación o utilización, sin que las licencias de obras y de ocupación o utilización de conformidad con lo previsto en el art. 20, *“no podrán ser sustituidas por otro acto o resolución administrativa”* (art. 26 RDU). Y en cualquier caso, la redacción del art. 27.1 RDU no deja lugar a dudas: la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración como obra nueva terminada de toda construcción o edificación e instalación, exigirá necesariamente la aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización. El nuevo art. 53 RDU asimila a la situación de fuera de ordenación, la de los actos respecto de los cuales ya no se puedan adoptar medidas de protección y restauración urbanística por haber transcurrido el plazo previsto para ello en el art. 185. LOUA. Pues bien, el apartado 5 de este precepto permite el otorgamiento de licencias para estos actos, como la de ocupación o utilización, siempre que el uso proyectado para la edificación sea conforme y compatible con el ordenamiento urbanístico vigente al momento de la solicitud.

Están sujetos a previa licencia urbanística municipal, sin perjuicio de las demás autorizaciones o informes que sean procedentes de acuerdo con la LOUA, o con la legislación sectorial aplicable, todos los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, y, en particular, los ss (art. 8³²):

³² Preceptúa este art. 8 que están sujetos a previa licencia urbanística municipal, sin perjuicio de las demás autorizaciones o informes que sean procedentes de acuerdo con la LOUA o con la legislación sectorial aplicable, todos los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, y en particular los ss:

(...) Art. 8 d) Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase, cualquiera que sea su uso, definitivas o provisionales, sean de nueva planta o de ampliación, así como las de modificación o reforma, cuando afecten a la estructura, la disposición interior o el aspecto exterior, y las de demolición de las existentes, salvo el supuesto de ruina física inminente.

e) La ocupación y la utilización de los edificios, o elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, establecimientos e instalaciones en general, así como la modificación de su uso total o parcial.

(...) g) La utilización del suelo para el desarrollo de actividades mercantiles, industriales, profesionales, de servicios u otras análogas.

- a) Las **parcelaciones urbanísticas** a que se refiere la Sección Sexta del Cap. II del Tít. II LOUA, salvo que estén contenidas en proyectos de reparcelación aprobados o sean objeto de declaración de innecesariedad de la licencia. (...)
- b) Los movimientos de tierra, incluidos los desmontes, abancalamientos, las excavaciones y explanaciones así como la desecación de zonas húmedas y el depósito de vertidos, residuos, escombros, y materiales ajenos a las características del terreno o de su explotación natural, salvo el acopio de materiales necesarios para la realización de obras ya autorizadas por otra licencia, sin perjuicio de las pertinentes autorizaciones para la ocupación del dominio público.
- c) Las obras de vialidad y de infraestructuras, servicios y otros actos de urbanización que deban realizarse al margen de proyectos de urbanización debidamente aprobados de conformidad con lo previsto en el art. 98.1 LOUA.
- d) Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase....
- e) La ocupación y la utilización de los edificios...
- f) Las talas en masas arbóreas y vegetación arbustiva, así como de árboles aislados que sean objeto de protección por los instrumentos de planeamiento.
- g) La utilización del suelo para el desarrollo de actividades mercantiles, industriales, profesionales, de servicios u otros análogos.
- h) La instalación de invernaderos cuando conlleve algún tipo de estructura portante con exclusión de los domésticos o de escasa entidad en cuanto a sus características o superficie afectada.
- i) La instalación o ubicación de casas prefabricadas, caravanas fijas e instalaciones similares, provisionales o permanentes, excepto que se efectúen dentro de los campamentos de turismo o camping legalmente autorizados y en zonas expresamente previstas para dicha finalidad en el correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico.
- j) La apertura de caminos y accesos a parcelas en suelo al que sea de aplicación el régimen de SNU, así como su modificación o pavimentación salvo las autorizadas por el organismo competente en materia agraria.
- k) La colocación de carteles, paneles, anuncios y vallas de propaganda visibles desde la vía pública, siempre que no estén en locales cerrados; quedan a salvo carteles a que hacen referencia el art. 29.

Concluyendo: hay que distinguir entre las medidas dirigidas a determinar que las obras necesarias para adecuar un establecimiento físico a la actividad que se proyecta se ajustan a la legalidad urbanística, es decir se refieren exclusivamente a la edificación con independencia de la actividad que se vaya a desarrollar (licencia de obras ajena a la DS y Ley 17/2009 que no tiene que justificarse invocando razones imperiosas de interés general), de las medidas dirigidas a comprobar que el ejercicio de dicha actividad se ajusta al uso urbanístico previsto en el planeamiento (licencia de ocupación y utilización). En principio, las licencias urbanísticas no son en cuanto su objeto autorizaciones para la prestación de servicios, pero en ocasiones (recordar el art. 22.3 del RSCL que no ha sido afectado por RD 2009/2009: “*cuando con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si fuera procedente*”) hay interacción y pueden ser un requisito imprescindible para el desarrollo de una actividad, por lo que tan solo quedarían fuera del ámbito de la DS cuando no condicionen el acceso a una actividad de servicios. En caso contrario, la licencia de utilización, de instalación, apertura o funcionamiento de la actividad sólo serán compatibles con la Ley 17/2009 si se demuestra su necesidad, determinándose si está justificada por razón impe-

- l) Las instalaciones y construcciones de carácter temporal destinadas a espectáculos y actividades recreativas. El art. 6.1 y 2 de la Ley 13/99 atribuye a los Municipios la concesión de las autorizaciones municipales, de obras o urbanísticas y de apertura de cualquier establecimiento destinado a la celebración de espectáculos o a la práctica de actividades recreativas, así como autorizar la instalación de estructuras no permanentes o desmontables destinadas a la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades recreativas.
- ll) Cualquier intervención en edificios declarados como bienes de interés cultural, catalogados o protegidos, no comprendida en los demás apartados de este art.
- m) Los cierres, muros y vallados permanentes de fincas y parcelas.
- n) La extracción de áridos, aunque se produzcan en terrenos de dominio público y estén sujetos a concesión o autorización administrativa.
- ñ) Las actividades extractivas, incluidas las minas, graveras y demás extracciones de tierra, líquidos y de cualquier otra materia, así como las de sondeo en el subsuelo, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sean requeridas por la legislación de minas y agua.
- o) Las antenas y otros equipos de comunicaciones, así como las canalizaciones y tendidos de distribución de energía.
- p) La construcción de obras de infraestructura, tales como producción de energías renovables, presas, balsas, obras de defensa y corrección de cauces públicos, infraestructuras de regadíos, vías privadas, puertos de abrigo, diques de protección y defensa del litoral, acceso a playas, bahías y radas y en general cualquier tipo de obras y usos que afecten a la configuración del territorio, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 10.
- q) Cualesquiera otros actos que se determinen por el correspondiente PGOU.

riosa de interés general, dentro de la cual se encuentra la protección del entorno urbano.

En cuanto a la apertura de establecimientos de actividades de servicios de carácter inocuo o no clasificados por la legislación sectorial, al no existir normas habilitante en Andalucía para la pervivencia de un control administrativo previo mediante licencia, más allá del control urbanístico a través de la licencia de obra y de utilización, las actividades inocuas queden sometidas meramente a declaración responsable y comunicación previa. Habrá que estar, por tanto a la licencia urbanística de acondicionamiento del establecimiento, después a la de utilización o modificación de uso y luego se presentaría la comunicación previa y declaración responsable y por último, actividad administrativa para posterior comprobación a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.

VI. PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS

Seis son las reglas a seguir inexcusablemente con arreglo a este trascendente precepto, el 172 LOUA:

“1ª) La solicitud definirá suficientemente los actos de construcción o edificación, instalación y uso del suelo y del subsuelo que se pretenden realizar mediante el documento oportuno, que cuando corresponda será un proyecto técnico.

2ª) Junto a la solicitud se aportarán las autorizaciones o informes que la legislación aplicable exija con carácter previo a la licencia. Asimismo, cuando el acto suponga la ocupación o utilización del dominio público, se aportará la autorización o concesión de la Administración titular de éste.

3ª) Cuando los actos se pretendan realizar en terrenos con el régimen del suelo no urbanizable y tengan por objeto las viviendas unifamiliares aisladas a que se refiere el art. 52.1 B.b) o las Actuaciones de Interés Público sobre estos terrenos previstas en el art. 52.1.C ambos de esta Ley, se requerirá la previa aprobación del Plan Especial o Proyecto de Actuación, según corresponda. La licencia deberá solicitarse en el plazo máximo de un año a partir de dicha aprobación.

4ª) Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y de la ordenación urbanística de aplicación, debiendo constar en el procedimiento informe técnico y jurídico sobre la adecuación del acto pretendido a dichas previsiones.

5ª) La resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo deberá entenderse en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común, otorgada la licencia interesada. El comienzo de

cualquier obra o uso al amparo de ésta requerirá, en todo caso, comunicación previa al Municipio con al menos diez días de antelación.

6ª) La resolución expresa denegatoria deberá ser motivada”.

El art. 171 LOUA y art. 11 del RDUa establecen la regla general de que la competencia irrenunciable para otorgar las licencias urbanísticas sobre su término municipal corresponde al órgano municipal que determine la legislación y normativa de aplicación en materia de régimen local. De acuerdo con este reenvío normativo a las normas de régimen local, conforme al art. 21.1.q) LBRL corresponde al Alcalde la atribución de otorgar licencias, salvo que las Leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno, siendo también esta competencia delegable (apartado 3 del mismo artículo) a favor de la Junta de Gobierno Local y de los miembros de ésta o, cuando no exista, de los Tenientes de Alcalde. En cuanto al régimen de los Municipios de Gran Población (art. 121 LBRL) previsto en el Título X de la LBRL, de acuerdo con el art. 127.1 e) corresponde a la Junta de Gobierno Local “*la concesión de cualquier tipo de licencias, salvo que la legislación sectorial la atribuya expresamente a otro órgano*”. Conforme a su párrafo 2, la Junta de Gobierno podrá delegar esta función en los Tenientes de Alcalde, en los demás miembros de la Junta, en su caso, en los demás Concejales, en los Coordinadores Generales, Directores Generales u órganos similares³³.

La solicitud de licencia de ejecución de obras se resolverá con estricta observancia de las reglas transcritas por el art. 172 LOUA en cuanto a la ordenación del procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas, siendo forzoso completarlo con la Sección 2ª del Capítulo II, del Título I del Decreto 60/2010 e integrarlo con otros específicamente ordenados por disposición de igual o superior rango (como por ejemplo, los descritos en la Ley 7/2007, GICA y Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía), matizado también con las nuevas garantías que incorpora la Ley 30/1992, puesto que su Disposición Derogatoria 3 declara expresamente en vigor las normas, cualquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en ella. El procedimiento para el otorgamiento de las licencias urbanísticas debe tramitarse y resolverse conforme a la legislación sobre régimen local y procedi-

³³ Tener también en cuenta que el art. 91.4 b) LOUA señala que las Administraciones podrán otorgar a las Gerencias Urbanísticas funciones que impliquen ejercicio de autoridad y que le sean transferidas mediante descentralización funcional como la concesión de licencias urbanísticas.

miento administrativo común, a las especialidades procedimentales establecidas en la legislación urbanística de la CAA y a las reglas particulares del art. 12 RDU.

Deben constar en todo caso informe técnico e informe jurídico de los servicios municipales correspondientes, o en su caso de la Diputación sobre la adecuación del acto pretendido a las previsiones de la legislación y de la ordenación territorial y urbanística de aplicación. En el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas se dará cumplimiento a cuantos trámites y actuaciones vengan establecidos por normas sectoriales en razón del contenido específico de la actuación urbanística de que se trate, en los términos y con los efectos sobre el procedimiento previstos en las mismas, así como a lo establecido en el art. 5.2 sobre las autorizaciones e informes que, según dicha normativa, tengan carácter previo. Téngase en cuenta el Título III y su Capítulo II de la GICA regulan los instrumentos de prevención y control ambiental, dedicando su Sección 2ª al ámbito de aplicación y procedimiento para la Actuación Ambiental Integrada; la Sección 3ª al ámbito de aplicación y procedimiento para la Autorización Ambiental Unificada y la Sección 5ª al ámbito de aplicación de la Calificación Ambiental y procedimiento.

Habrán de tramitarse conjuntamente en único procedimiento las solicitudes simultáneas de licencias (por ejemplo, tramitación de licencias de actividad o apertura o funcionamiento cuando concurren o precisen de licencia urbanística: art. 12.4 RDU) que referidas a un mismo inmueble o parte del mismo, tengan por objeto actos sujetos a licencia urbanística, de conformidad con el art. 8. La resolución que se adopte diferenciará cada una de las licencias otorgadas, conservando cada una su propia naturaleza.

1. Iniciación. Proyecto Técnico: Visado Colegial y Competencia para su Redacción

El procedimiento para el otorgamiento de licencias urbanísticas se iniciará mediante presentación de solicitud dirigida al Ayuntamiento en el Registro General, en cualquiera de los Registros previstos en el art. 38.4 de la Ley 30/92 o en el Registro electrónico municipal (arts. 24 a 26 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos acompañada de la documentación que permita conocer suficientemente su objeto. En particular (art. 13 RDU):

1. La solicitud definirá los actos de construcción o edificación, instalación y uso del suelo, vuelo y del subsuelo que se pretenden realizar. Identifi-

cándose en la misma tanto al promotor como a los técnicos intervinientes en el proyecto y en su caso a la dirección facultativa y al técnico coordinador de seguridad y salud. A estos afectos las solicitudes deben adjuntar un proyecto técnico³⁴ suscrito por facultativo competente con el grado de detalle que establezca la legislación sectorial y visado por el Colegio profesional correspondiente. Para el otorgamiento de licencias que tengan por objeto la ejecución de obras de edificación será suficiente la presentación de proyecto básico pero no podrá iniciarse la ejecución de las obras sin la aportación previa de un proyecto de ejecución. Cuando no sea exigible un proyecto técnico, las solicitudes se acompañarán de una memoria descriptiva y gráfica que defina las características generales de su objeto y del inmueble en el que se pretenda llevar a cabo.

2. Las solicitudes que tengan por objeto construcciones o instalaciones de nueva planta así como ampliaciones de las mismas, deben indicar su destino conforme a las características de la construcción o instalación.
3. La solicitud de licencia de parcelación debe adjuntar un proyecto de parcelación suscrito por técnico competente y visado por el Colegio profesional correspondiente que incluirá planos a escala adecuada de la situación y superficie de los terrenos afectados por la alteración y de las fincas y parcelas iniciales y resultantes, así como su identificación catastral y registral y las condiciones urbanísticas vigentes.
4. Las solicitudes de licencia de ocupación o utilización que se refieran a edificaciones para las que haya sido otorgada licencia de obras de nueva construcción, ampliación, modificación o reforma o rehabilitación que requieran proyecto técnico, deben acompañarse de un certificado acreditativo de la efectiva y completa finalización de las obras suscrito por técnico competente así como una declaración del mismo técnico sobre la conformidad de las obras ejecutadas con el proyecto autorizado por la licencia de obras correspondiente. Las que se refieran a edificaciones en las que no sea preciso ejecución de ningún tipo de obra de reforma o adaptación deberán acompañarse de certificado, descrip-

³⁴ El art. 4 de la Ley 38/1999 define al proyecto como “conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras contempladas en el art. 2. El proyecto habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable. Cuando el proyecto se desarrolle o complemente mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos sobre tecnologías específicas o instalaciones del edificio, se mantendrá entre todos ellos la necesaria coordinación sin que se produzca una duplicidad en la documentación ni en los honorarios a percibir por los autores de los distintos trabajos indicados”.

tivo y gráfico suscrito por técnico competente y visado por el correspondiente colegio profesional en el que se describa el estado de conservación del edificio y las instalaciones con que cuenta, y acredite, en atención a las circunstancias anteriores, la aptitud del mismo para destinarse al uso previsto. Se adjuntará igualmente a la solicitud la documentación justificativa de la puesta en funcionamiento de las instalaciones ejecutadas en el inmueble conforme a su normativa reguladora y, en su caso, certificación emitida por las empresas suministradoras de servicios públicos, de la correcta ejecución de las acometidas de las redes de suministros.

5. Para actuaciones en suelo no urbanizable la solicitud debe identificar suficientemente el inmueble objeto de los actos sujetos a licencia, mediante referencia catastral y número de finca registral. Ello sin perjuicio de la previa aprobación del PE o PRA según corresponda cuando las actuaciones tengan por objeto las viviendas unifamiliares aisladas a que se refiere el art. 52.1.B b) de LOUA o a las AIP previstas en el art. 52.1.C) LOUA, debiendo solicitarse la licencia en el plazo máximo de 1 año a partir de dicha aprobación.

Las obras y actividades están sujetas al pago de tasas e impuestos (arts. 100 a 103 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RDL 2/2004, de 5 de marzo en cuanto al Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras) previstos en la Ordenanzas municipales. A estos efectos, el solicitante practicará la autoliquidación correspondiente que adjuntará y tendrá carácter de provisional hasta tanto se practique la comprobación por los Servicios Fiscales, girándose en su caso liquidación complementaria o devolución correspondiente.

A la solicitud se acompañarán además las autorizaciones e informes que la legislación aplicable exija con carácter previo a la licencia. Los Ayuntamientos no podrán conceder licencia sin la aportación previa de las autorizaciones e informes sectoriales preceptivos que deban otorgar otras Administraciones. Asimismo, cuando el acto suponga ocupación o utilización del dominio público se aportará la autorización o concesión de la Administración titular de este. No podrán otorgarse licencias condicionadas a la futura obtención de las mismas³⁵.

³⁵ Los Ayuntamientos, en el ejercicio de sus competencias y mediante Ordenanza Municipal, podrán determinar cualquier otra documentación que deba acompañar a las solicitudes de licencia, así como aprobar modelos normalizados de solicitud de licencia urbanística para facilitar a los interesados la aportación de los datos y la documentación requerida. Se procurará igualmente su puesta a disposición a través de las tecnologías de la sociedad de la información.

Con anterioridad a la tramitación, los proyectos se presentarán para su visado³⁶ en el Colegio profesional correspondiente, debiendo incluir declaración responsable sobre las circunstancias y normativas urbanísticas de aplicación, pudiendo acompañar la cédula urbanística del terreno o del edificio proyectado, o certificado expedido en forma por el Ayuntamiento, en el que se haga constar las circunstancias establecidas en la legislación y planeamiento urbanísticos respecto de la finca, o cualquier acuerdo o acto administrativo notificado o publicado, que autorice la edificación o uso del suelo, adoptado por la Administración urbanística correspondiente (art. 12 RDU).

El Título I de la Ley 25/2009 (“Medidas horizontales”) adapta diversas disposiciones sobre aspectos básicos de la regulación en materia de servicios profesionales, principalmente en lo que concierne a los Colegios Profesionales. El nuevo artículo 13 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales³⁷, regula el contenido del visado como un instrumento voluntario, si

³⁶ El visado otorgado por el correspondiente Colegio profesional acreditará frente a la Administración municipal las siguientes circunstancias (art. 14 RDU):

a) La identidad y habilitación profesional actual del técnico autor del proyecto; b) La competencia profesional del técnico para la redacción del proyecto; c) La observancia de las normas sobre el ejercicio de la profesión y los acuerdos colegiales; d) La coherencia del proyecto y la integridad formal de la documentación y e) La concordancia del proyecto de ejecución con el básico del que constituye su desarrollo. Los Colegios profesionales correspondientes que tuvieran encomendado el visado de los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencias, denegarán el visado cuando no reúnan los requisitos formales y materiales previstos en la normativa correspondiente. En cualquier caso, los Colegios profesionales denegarán el visado de aquellos proyectos que contuvieran de forma manifiesta alguna infracción urbanística grave o muy grave, y pondrá tales hechos en conocimiento de la Administración municipal correspondiente a los efectos oportunos.

³⁷ El artículo 13 ha sido añadido por el art. 5.13 de la Ley 25/2009. Establece que los Colegios de profesiones técnicas visarán los trabajos profesionales en su ámbito de competencia únicamente cuando se solicite por petición expresa de los clientes, incluidas las AA.PP cuando actúen como tales o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto, previa consulta a los colegios afectados, de acuerdo con los ss criterios: que sea necesario por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas y que se acredite que el visado es el medio de control más proporcionado. En ningún caso, los Colegios, por sí mismos o a través de sus previsiones estatutarias, podrán imponer la obligación de visar los trabajos profesionales.

El objeto del visado es comprobar, al menos: la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, utilizando para ello los registros de colegiados previstos en el art. 10.2 La corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo de que se trate. En todo caso el visado expresará claramente cuál es su objeto, detallando qué extremos son sometidos a control. (...)

bien otorga al Gobierno la potestad de establecer los trabajos profesionales que exijan visado obligatorio atendiendo a la necesaria existencia de una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas, y quede acreditado que es el medio de control más proporcionado y necesario atendiendo a los distintos instrumentos de control posibles.

Al amparo de los arts. 149.1.18^a y 149.1.13^a de la CE que atribuyen al Estado la competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y para establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en cumplimiento de la habilitación legal prevista en estas Leyes 25/2009 y este art. 13 de la Ley 2/1974, se dicta el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre Visado Colegial Obligatorio, determinando estos trabajos profesionales que obligatoriamente deben obtener el visado colegial como excepción a la libertad de excepción del cliente y se concreta su régimen jurídico.

El art. 2 del RD 1000/2010 establece con carácter exclusivo y excluyente la obligatoriedad de obtener el visado colegial únicamente sobre los trabajos profesionales:

- a) Proyecto de ejecución de edificación. A estos efectos se entiende por edificación lo previsto en el art. 2.1 de la Ley 38/1999. La obligación de visado alcanza a aquellas obras que requieran proyecto de acuerdo con el art. 2.2. de esta Ley.
- b) Certificado de final de obra de edificación, que incluirá la documentación prevista en el anexo II.3.3 del RD 314/2006³⁸.
- c) Proyecto de ejecución de edificación y certificado final de obra que, en su caso deban ser aportados en los procedimientos administrativos de

Todavía no ha sido adaptada a la nueva normativa la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía y su Reglamento aprobado por Decreto 216/2006, de 12 de diciembre.

³⁸ En el certificado final de obra, el director de la ejecución de la obra certificará haber dirigido la ejecución material de las obras y controlado cuantitativa y cualitativamente la construcción y la calidad de lo edificado de acuerdo con el proyecto, la documentación técnica que lo desarrolla y las normas de la buena construcción. “II.3.3 *Al certificado final de obra se le unirán como anejos los ss documentos: a) Descripción de las modificaciones que, con la conformidad del promotor se hubiesen introducido durante la obra, haciendo constar su compatibilidad con las condiciones de la licencia. Y b) relación de los controles realizados durante la ejecución de la obra y sus resultados*”.

- legalización de obras de edificación, de acuerdo con la normativa urbanística aplicable.
- d) Proyecto de demolición de edificaciones que no requiera el uso de explosivos, de acuerdo con lo previsto en la normativa urbanística aplicable.
 - e) Proyecto de voladuras especiales previsto en el art. 151 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, aprobado por RD 863/1985, de 2 de abril.
 - f) Proyectos técnicos de establecimiento, traslado, modificación sustancial de una fábrica de explosivos, previstos, respectivamente, en los arts. 33, 34 y 35 del Reglamento de Explosivos, aprobado por RD 230/1998, de 16 de febrero.
 - g) Proyectos técnicos de instalación y modificación sustancial de depósitos comerciales y de consumo de materias explosivas, previstos, respectivamente en los arts. 155 y 156 del RD 230/1998.
 - h) Proyectos de establecimiento de talleres de cartuchería y pirotecnia y de depósitos no integrados en ellos, previstos en los arts. 25, 29, 69, 70 y 71 del Reglamento de Artículos Pirotécnicos y Cartuchería, aprobado por RD 563/2010, de 7 de mayo.
 - i) Proyectos de aprovechamiento de recursos mineros de las Secciones C) y D) previstos en los arts. 85 y 89 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por RD 2857/1978, de 25 de agosto.

Hay que recordar previamente que conforme al art. 22.3 RSCL cuando con arreglo al proyecto presentado la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimientos comerciales o industriales de características determinadas, no podrá concederse licencia de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si fuera procedente. De forma que se iniciará el procedimiento con la presentación de solicitud conteniendo la instancia los requisitos generales del art. 70 de la Ley 30/92, identificando la persona física o jurídica que actúa en calidad de Promotor (con Escritura de Constitución de la Sociedad y Poder de Representación) acompañada para las obras mayores de tantas copias del proyecto técnico básico o de ejecución, o mera memoria descriptiva, como Organismos sectoriales hubieren de informar preceptivamente la petición (mínimo triplicado ejemplar).

En el BOE nº 74, de 28/12/2006 se publicó el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. El nº 3, del apartado 1, denominado generalidades, del art. 6, sobre condiciones del proyecto, del CTE, comienza estableciendo que, a efectos de su tramitación

administrativa, todo proyecto de edificación podrá desarrollarse en 2 etapas: proyecto básico³⁹ y proyecto de ejecución⁴⁰.

Conforme expresa el n° 4 de este apartado 1 del artículo 6 del CTE, en el anejo 1 del mismo (denominado: “Contenido del proyecto”) se relacionan los contenidos del proyecto de edificación, sin perjuicio de lo que, en su caso, establezcan las Administraciones competentes, lo que se reitera en el n° 1 de dicho Anejo 1, señalando a continuación, en su n° 2, que los (contenidos) marcados con asterisco (*) son los que, al menos, debe contener el proyecto básico, a saber:

I. MEMORIA

1. **Memoria descriptiva** que contiene la información siguiente: 1.1 Agentes * (promotor, proyectista, otros técnicos). 1.2 Información previa * (antecedentes y condicionantes de partida, datos del emplazamiento, entorno físico, normativa urbanística, otras normativas, en su caso. Datos del edificio en caso de rehabilitación, reforma o ampliación. Informes realizados). 1.3 Descripción del proyecto * (descripción general del edificio, programa de necesidades, uso característico del edificio y otros usos previstos, relación con el entorno. Cumplimiento del CTE y otras normativas específicas, normas de disciplina urbanística, Ordenanzas municipales, edificabilidad, funcionalidad. Descripción de la geometría del edificio, volumen, superficies útiles y construidas, acceso y evacuación. Descripción general de los parámetros que determinan las previsiones técnicas a considerar en el proyecto respecto al sistema estructural –cimentación, estructura portante y estructura horizontal– el sistema de compartimentación, el sistema envolvente, el sistema de acabados, el sistema de acondicionamiento ambiental y el de servicios). 1.4 Prestaciones del edificio * (por re-

³⁹ Que definirá las características generales de la obra y sus prestaciones mediante la adopción y justificación de soluciones concretas. Su contenido será suficiente para solicitar la licencia municipal de obras, las concesiones u otras autorizaciones administrativas, pero insuficiente para iniciar la construcción del edificio. Aunque su contenido no permita verificar todas las condiciones que exige el CTE, definirá las prestaciones que el edificio proyectado ha de proporcionar para cumplir las exigencias básicas.

⁴⁰ Que desarrollará el proyecto básico y definirá la obra en su totalidad sin que en él puedan rebajarse las prestaciones declaradas en el básico, ni alterarse los usos y condiciones bajo las que, en su caso, se otorgaron la licencia municipal de obras, las concesiones u otras autorizaciones administrativas, salvo en aspectos legalizables. El proyecto de ejecución incluirá los proyectos parciales u otros documentos técnicos que, en su caso, deban desarrollarlo o completarlo, los cuales se integrarán en el proyecto como documentos diferenciados bajo la coordinación del proyectista.

quisitos básicos y en relación con las exigencias básicas del CTE. se indicarán en particular las acordadas entre el promotor y proyectista que superen los umbrales establecidos en el CTE. Se establecerán las limitaciones de uso del edificio en su conjunto y de cada una de sus dependencias e instalaciones).

2. Memoria constructiva (descripción de las soluciones adoptadas): 2.1 Sustentación del edificio * (justificación de las características del suelo y parámetros a considerar para el cálculo de la parte del sistema estructural correspondiente a la cimentación). 2.2 Sistema estructural (cimentación, estructura portante y estructura horizontal. Se establecerán los datos y las hipótesis de partida, el programa de necesidades, las bases del cálculo y procedimientos o métodos empleados para todo el sistema estructural, así como las características de los materiales que intervienen). 2.3 Sistema envolvente (definición constructiva de los distintos subsistemas de la envolvente del edificio, con descripción de su comportamiento frente a las acciones a las que está sometido —peso propio, viento, sismo— frente al fuego, seguridad de uso, evacuación de agua y comportamiento frente a la humedad, aislamiento acústico y sus bases de cálculo. El aislamiento térmico de dichos subsistemas, la demanda energética máxima prevista del edificio para condiciones de verano e invierno y su eficiencia energética en función del rendimiento energético de las instalaciones proyectadas según el apartado 2.6.2). 2.4 Sistema de compartimentación (definición de los elementos de compartimentación con especificación de su comportamiento ante el fuego y su aislamiento acústico y otras características que sean exigibles, en su caso) 2.5 Sistemas de acabados (se indicarán las características y prescripciones de los acabados de los paramentos a fin de cumplir los requisitos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad). 2.6 Sistemas de acondicionamiento e instalaciones (se indicarán los datos de partida, los objetivos a cumplir, las prestaciones y las bases de cálculo para cada uno de los subsistemas siguientes: 1. protección contra incendios, anti-intrusión, pararrayos, electricidad, alumbrado, ascensores, transporte, fontanería, evacuación de residuos líquidos y sólidos, ventilación, telecomunicaciones...2. Instalaciones térmicas del edificio proyectado y su rendimiento energético, suministro de combustible, ahorro de energía e incorporación de energía solar térmica o fotovoltaica y otras energías renovables). 2.7 Equipamiento (definición de baños, cocinas y lavaderos, equipamiento industrial).

3. Cumplimiento del CTE (justificación de las prestaciones del edificio por requisitos básicos y en relación con las exigencias básicas del CTE. La justificación se realizará para soluciones adoptadas conforme a lo indicado en el CTE. También se justificarán las prestaciones del edificio que mejoren los niveles exigidos en el CTE): 3.1 Seguridad Estructural. 3.2 Seguridad en caso de

incendio *. 3.3 Seguridad de utilización. 3.4 Salubridad. 3.5 Protección contra el ruido. 3.6 Ahorro de Energía.

Cumplimiento de otros Reglamentos y disposiciones (justificación del cumplimiento de otros Reglamentos obligatorios no realizada en el punto anterior, y justificación del cumplimiento de los requisitos básicos relativos a la funcionalidad de acuerdo con lo establecido en su normativa específica).

Anejos a la memoria (el proyecto contendrá tantos anejos como sean necesarios para la definición y justificación de las obras): Información geotécnica. Cálculo de la estructura. Protección contra el incendio. Instalaciones del edificio. Eficiencia energética. Estudio de impacto ambiental. Plan de control de calidad. Estudio de Seguridad y Salud o Estudio básico, en su caso.

II. PLANOS⁴¹

III. PLIEGO DE CONDICIONES⁴²

⁴¹ (el proyecto contendrá tantos planos como sean necesarios para la definición en detalle de las obras. En caso de obras de rehabilitación se incluirán planos del edificio antes de la intervención). Plano de situación * (referido al planeamiento vigente, con referencia a puntos localizables y con indicación del Norte geográfico). Plano de emplazamiento * (justificación urbanística, alineaciones, retranqueos). Plano de urbanización * (red viaria, acometidas). Plantas generales * (acotadas, con indicación de escalas y de usos, reflejando los elementos fijos y los de mobiliario cuando sea preciso para la comprobación de la funcionalidad de los espacios). Planos de cubiertas * (pendientes, puntos de recogida de aguas). Alzados y secciones * (acotados con indicación de escala y cotas de altura de plantas, gruesos de forjados, alturas totales, para comprobar el cumplimiento de los requisitos urbanísticos y funcionales). Planos de estructura (descripción gráfica y dimensional de todo del sistema estructural –cimentación, estructura portante y estructura horizontal–. En lo relativo a cimentación se incluirá, además, su relación con el entorno inmediato y el conjunto de la obra). Planos de instalaciones (descripción gráfica y dimensional de las redes de cada instalación, plantas, secciones y detalles). Planos de definición constructiva (documentación gráfica de detalles constructivos). Memorias gráficas (indicación de soluciones concretas y elementos singulares:carpintería, cerrajería). Otros.

⁴² Pliego de cláusulas administrativas. Disposiciones generales. Disposiciones facultativas. Disposiciones económicas. Pliego de condiciones técnicas particulares. Prescripciones sobre los materiales (características técnicas mínimas que deben reunir los productos, equipos y sistemas que se incorporen a las obras, así como sus condiciones de suministro, recepción y conservación, almacenamiento y manipulación, las garantías de calidad y el control de recepción que deba realizarse incluyendo el muestreo del producto, los ensayos a realizar, los criterios de aceptación y rechazo, y las acciones a adoptar y los criterios de uso, conservación y mantenimiento. Estas especificaciones se pueden hacer por referencia a pliegos generales que sean de aplicación, documentos reconocidos u otros que sean válidas a juicio del proyectista). Prescripciones en cuanto a la ejecución por unidades de obra (características técnicas de cada unidad de obra in-

IV. MEDICIONES (desarrollo por partidas, agrupadas en capítulos, conteniendo todas las descripciones técnicas necesarias para su especificación y valoración).

V. PRESUPUESTO⁴³

Hay también que considerar lo previsto en la Disposición Final Primera del RD. 314/2006, que dice: “*Las exigencias del Código Técnico de la Edificación se aplicarán sin perjuicio de la obligatoriedad del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable*”. El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre establece, en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a las obras de construcción, pero no a las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas o por sondeos, que se regularán por su normativa específica (apartados 1 y 2 del art. 1 RD 1627/1997). El art. 17. 1 del RD 1627/1997 dispone que la inclusión en el proyecto de ejecución de obra del estudio de seguridad y salud o, en su caso, del estudio básico, será requisito necesario para el visado de aquél por el Colegio profesional correspondiente, la expedición de la licencia municipal y demás autorizaciones y trámites de las distintas Administraciones públicas. En consecuencia, a tenor de lo previsto en este precepto (cuya aplicación queda salvaguardada en virtud de la disposición final segunda del RD 314/2006), no cabe expedir la licencia municipal de obra sin proyecto de ejecución visado que incluya el estudio de seguridad y salud o el estudio básico de seguridad y salud correspondiente, siendo además necesario para obtener las autorizaciones sectoriales precisas que, a su vez, pueden ser de carácter previo a la licencia municipal, lo que refuerza la necesidad de contar con el mismo antes del otorgamiento de ésta.

dicando su proceso de ejecución, norma de aplicación, condiciones previas que han de cumplirse antes de su realización, tolerancias admisibles, condiciones de terminación, conservación y mantenimiento, control de ejecución, ensayos y pruebas, garantías de calidad, criterios de aceptación y rechazo, criterios de medición y valoración de unidades. Se precisarán las medidas para asegurar la compatibilidad entre los diferentes productos, elementos y sistemas constructivos). Prescripciones sobre verificaciones en el edificio terminado (se indicarán las verificaciones y pruebas de servicio que deban realizarse para comprobar las prestaciones finales del edificio).

⁴³ Presupuesto aproximado * (valoración aproximada de la ejecución material de la obra proyectada por capítulos). Presupuesto detallado (cuadro de precios agrupados por capítulos. Resumen por capítulos, con expresión del valor final de ejecución y contrata. Incluirá el presupuesto del control de calidad. Presupuesto del Estudio de Seguridad y Salud).

Por su parte, el Real Decreto Ley 1/1998, de 27 de febrero, relativo a las Infraestructuras Comunes en Edificios para el Acceso a los Servicios de Telecomunicación, establece en el art. 3.1 según redacción dada por la Ley 10/2005, de 14 de junio, sobre la instalación obligatoria de la infraestructura reguladas en el mismo en edificios de nueva construcción que a partir de la fecha de entrada en vigor no se concederá autorización para la construcción o rehabilitación integral de ningún edificio de los referidos en el art. 2 si al correspondiente proyecto arquitectónico no se une el que prevea proyecto para la instalación de una infraestructura común de telecomunicaciones propia, que deberá ser firmado por un Ingeniero de Telecomunicación o un Ingeniero Técnico de Telec., y que estos profesionales serán asimismo los que certifiquen las obras, añadiendo que esta infraestructura deberá reunir las condiciones técnicas adecuadas para cumplir al menos, las funciones indicadas en el art. 1.2 del RDL, sin perjuicio de lo que se determine en las normas que en cada momento se dicten en su desarrollo; y en el art. 3.1 se prevé que los gastos necesarios para la instalación de las infraestructuras que se regulan deberán estar incluidos en el coste total de la construcción⁴⁴.

Con la solicitud de licencia de obras de nueva planta u obra mayor en los edificios se presentará copia del plano oficial acreditativo de haberse efectuado el señalamiento de alineaciones y rasantes, en los casos en que este sea preceptivo; cédula urbanística o solicitud de información urbanística efectuada, en su caso; proyecto técnico con visado colegial y nombramiento de dirección técnica de las obras. Si las obras comportan, además, ejecución de demoliciones, derribos, excavaciones, terraplenes, desmontes o rebajes de tierra, deberán acompañarse los documentos necesarios para efectuar dichas operaciones, conforme a lo expresado en las Ordenanzas Urbanísticas (vide art. 4 del RD 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la Producción y Gestión de los Residuos de Construcción y Demolición y art. 104 GICA). Por último, a todo proyecto de edificación se acompañará un resumen de los plazos previstos para la ejecución de las obras, de conformidad con el art. 173 LOUA⁴⁵.

⁴⁴ RD.346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones para el acceso a los Servicios de Telecomunicación en el Interior de las Edificaciones.

⁴⁵ Según el cual las licencias se otorgarán por un plazo determinado tanto para iniciar como para concluir los actos amparados, que de no establecerse sería 1 año para iniciar las obras y de 3 para la terminación. Podrán ser concedidas prórrogas por una sola vez y por nuevo período de tiempo no superior al inicialmente dado, previa solicitud expresa registrada con anterioridad al vencimiento, siempre y cuando la licencia sea conforme con la ordenación urbanística vigente en el momento de resolver la prórroga.

En cuanto al proyecto técnico, ha quedado expuesto que contendrá los datos que describan las obras en todas sus características urbanísticas y de seguridad. La necesidad de que sea “técnico” se traduce en que sea suscrito por profesional adecuado que ofrezca como garantía su completa formación académica. Porque como sostiene la STS 09/05/1990, la licencia resulta ser un “acto en blanco” cuyo contenido corresponde al proyecto aportado, al que se remite. Es doctrina repetida del Alto Tribunal (entre otras muchas, STS de 28/03/1994) que sin perjuicio de reconocer la no existencia de un monopolio de proyectar para todo tipo de construcciones a favor de una profesión concreta, sí existen supuestos en los que la naturaleza de la obra o instalación exige la intervención exclusiva de determinado Técnico. La LOE ha pretendido deslindar en sus arts. 2.1 y 10.2 los criterios que determinan la competencia de los distintos Facultativos para redactar proyectos de obras, pero la abierta redacción dada requiere todavía que en algunos casos haya que acudir a la normativa orgánica de cada titulación y a la abundante jurisprudencia recaída al dirimir los conflictos intercolegiales. Dicen así estos fundamentales arts:

Art. 2.1: “Esta Ley es de aplicación al proceso de edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos: a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural. b) Aeronáutico, agropecuario; de la energía; de la hidráulica, minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación. c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores”.

Art. 10.1. “El Projectista es el agente que, por encargo del Promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto. Podrán redactar proyectos parciales del proyecto, o partes que lo complementen otros Técnicos, de forma coordinada con el autor de éste. Cuando el proyecto se desarrolle o complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos según lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley, cada Projectista asumirá la titularidad de su proyecto.

2. Son obligaciones del projectista:

a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de Arquitecto, Arquitecto Técnico, Ingeniero o Ingeniero Técnico, según corresponda, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al Técnico redactor del proyecto que tenga la titulación profesional habilitante. Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el gru-

po a) del apartado 1 del artículo 2 la titulación académica y profesional habilitante será la de Arquitecto. Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo b) del apartado 1 del artículo 2 la titulación académica y profesional habilitante será la de Ingeniero, Ingeniero Técnico o Arquitecto y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas. Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo c) del apartado 1 del artículo 2 la titulación académica y profesional habilitante será la de Arquitecto, Arquitecto Técnico, Ingeniero, Ingeniero Técnico y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas. Idénticos criterios se seguirán respecto de los proyectos de obras a los que se refieren los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 2 de esta Ley. En todo caso y para todos los grupos, en los aspectos concretos correspondientes a sus especialidades y competencias específicas, y en particular respecto de los elementos complementarios a que se refiere el apartado 3 del artículo 2 podrán asimismo intervenir otros Técnicos titulados del ámbito de la Arquitectura o de la Ingeniería, suscribiendo los trabajos por ellos realizados y coordinados por el proyectista. Dichas intervenciones especializadas serán preceptivas si así lo establece la disposición legal reguladora del sector de la actividad de que se trate.

b) Redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato y entregarlo, con los visados que en su caso fueren preceptivos.

c) Acordar, en su caso, con el Promotor la contratación de colaboraciones parciales”.

El TS sienta como cuerpo de doctrina el criterio de la plenitud de atribuciones profesionales de Arquitectos, Arquitectos Técnicos, Ingenieros e Ingenieros Técnicos en el campo de su especialidad, sin más limitaciones cualitativas que las derivadas de sus planes de estudios y los conocimientos de su *lex artis* (art. 1 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, por la que se regulan las atribuciones profesionales de Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos). En esta fase de control previo de legalidad, se apreciará por la Administración actuante si la actividad edificatoria propuesta en el proyecto técnico se ajusta a la ordenación jurídica y urbanística que la regula. Por ello, la intervención del Colegio Profesional producida a través de la figura del visado del proyecto técnico, no desvirtúa la plena competencia de la Administración Local en el control de su legalidad, puesto que el visado en cuanto revisión colegial, expresa tan sólo una función de control corporativo sobre la actividad profesional de los colegiados que se extiende únicamente al contenido formal del proyecto y a disciplina urbanística preventiva, constituyendo un mero acto de “autenticación” que se limita a la firma y autoría del proyecto, titulación y colegiación, ejercicio legítimo de la profesión, ausencia de incompatibilidades y control del cumplimiento de las exigencias formales. La autoridad municipal tiene también el inexcusable deber de comprobar la suficiencia del Técnico autor del proyecto

(STS 23/05/1992) en base a lo preceptuado en el art. 193.1.a) LOUA⁴⁶. De tal forma que para la resolución del expediente administrativo en el que se requiera proyecto técnico la Administración debe valorar tanto la idoneidad objetiva como la capacidad profesional del quien lo suscriba (STS 18/06/1992). La falta del proyecto técnico supondrá para la Administración no la facultad de denegar la licencia pretendida, sino la potestad de requerir de subsanación, como más adelante se verá.

Si la solicitud no reúne los requisitos exigidos, se requerirá al solicitante para que subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos en el plazo de diez días, con indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que así lo declare (art. 15 RDUVA)⁴⁷. Sólo autoriza a subsanar las meras irregularidades o defectos formales del proyecto o solicitud presentados pero no un defecto de fondo (STS 23/12/1999), entendiendo por tal todas aquellas para cuya rectificación sea preciso introducir modificaciones esenciales en el proyecto, y en todo caso: no ajustar el aprovechamiento de la edificación al que sea susceptible de apropiación por el interesado; señalar erróneamente la zonificación que corresponde al emplazamiento de la obra o instalación; proyectar las obras e instalaciones para usos no admitidos por la zonificación correspondiente a su emplazamiento; aplicar un coeficiente de edificabilidad superior o diferente al autorizado; rebasar el nº de plantas o en forma grave la altura edificable o no respetar las zonas verdes y espacios libres previstos en el planeamiento. En presencia de tales supuestos de disconformidad entre lo proyectado y la normativa urbanística, no resulta subsanable procediendo en consecuencia a denegar la solicitud de licencia, sin necesidad de previo requerimiento de subsanación, no teniendo el Promotor otra opción que presentar nuevo proyecto ajustado a la normativa urbanística aplicable. Señala también a este respecto la nueva redacción del art. 42.5 a) de la Ley 30/92, que el transcurso del plazo máximo legal para resolver el proce-

⁴⁶ Para conocer “*si se ha proyectado ésta por un profesional competente, en función del grado de su especialidad; cuestión esta última de derecho, cuya valoración, en definitiva no puede corresponder al Colegio que, siquiera indirectamente, defiende sus propias competencias, sino de modo exclusivo a la Administración concedente de la licencia quien, bajo su exclusiva responsabilidad, ha de decidir sobre si aquel proyecto que resultaba conforme con el ordenamiento urbanístico según el visado, ello, no obstante, se redactó o no por un Técnico carente de la titulación necesaria para programar la concreta obra*”.

⁴⁷ Declarado el desistimiento de la solicitud de licencia a que se refiere el apartado anterior o en el caso de declaración de caducidad del procedimiento, se podrá solicitar nueva licencia aportando la documentación o solicitando la incorporación al expediente de la que obrase en el que fue archivado.

dimiento y notificar la resolución se podrá suspender, al igual que si hay dilación en la emisión de informe preceptivo y determinante, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido cuando deba requerirse al interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios. Destacar también, que la Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de interesado, una ampliación de este plazo subsanatorio, que no excederá de su mitad, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudica derechos de tercero. Tanto la petición como la resolución que así decida deberán efectuarse, en todo caso, con anterioridad a la expiración del plazo de los 15 días hábiles, puesto que en ningún caso puede ampliarse un plazo ya fenecido. El acuerdo sobre la ampliación o su denegación será notificado al peticionario, sin posibilidad de Recurso alguno (art. 49 Ley 30/92).

Los servicios técnicos y jurídicos municipales, o en su defecto los correspondientes de la Diputación, deberán emitir los correspondientes informes técnico y jurídico previos a la propuesta de resolución, pronunciándose sobre la conformidad de la solicitud de licencia a la normativa urbanística en los términos señalados en el art. 6⁴⁸ y 16 RDU⁴⁹. Si del contenido de dichos informes resultaren deficiencias subsanables, con carácter previo a la redacción de la propuesta de resolución, se requerirá al solicitante por una sola vez, con indicación de las deficiencias detectadas y de los preceptos de la normativa urbanística infringidos, para que, en plazo no superior a 1 mes, pueda subsanarlas. Si en los plazos señalados no se hubieran subsanado las deficiencias, se procederá a la declaración de caducidad del procedimiento conforme a la Ley 30/92.

⁴⁸ Condiciones de parcelación (66 a 68 LOUA), usos urbanística, densidades y tipología de la edificación, comprobando el cumplimiento de los estándares recogidos en el art. 17 LOUA; alineaciones y rasantes; edificabilidad, altura de edificación, ocupación permitida de la edificación, situación, separación a linderos y entre edificaciones, fondo edificable y retranqueos; dotaciones y equipamientos de carácter público o privado previstas en la parcela o solar; Ordenanzas municipales de edificación y urbanización (23 a 25 LOUA); incidencia de la actuación propuesta en el grado de protección de los bienes y espacios incluidos en los catálogos y la existencia de los servicios urbanísticos necesarios para que la edificación pueda ser destinada al uso previsto.

⁴⁹ Evacuará también informe técnico y jurídico el Jefe de la Dependencia a la que corresponde tramitar (art. 172.1 ROF) o el Secretario en los supuestos contemplados en el art. 173 del ROF (art. 172.4^a).

Es preciso destacar que en contados sectores resulta preceptiva la intervención previa y necesaria de otra Administración en el ejercicio de competencias propias a través de la figura de la autorización, informe, licencia o concesión, que se antepone y condiciona la licencia municipal de obras y apertura. Se remitirán de oficio los ejemplares del proyecto a los Organismos Sectoriales cuyas competencias sean afectadas. Los informes de éstos serán evacuados en el plazo de 10 días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, preceptúa el art. 83 Ley 30/92 que *“se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos”*. Si el informe *“debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriere el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones. El informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución”*. No obstante, el apartado 5 del artículo 42 de la Ley 30/92 señala que el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de 3 meses. Al utilizar el legislador facultativamente el verbo *“podrá”*, que no el imperativo *“se suspenderá”* deja a criterio del Instructor del expediente la opción de interrumpir el procedimiento o proseguirlo pese a faltar ese informe preceptivo, y esto después de ponderar hasta qué punto es o no determinante para la resolución del procedimiento. En los restantes informes no determinantes se podrán continuar las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe requerido, sin perjuicio de exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Asimismo, hay que repetir que las actuaciones incluidas en el Anexo I de la Ley 7/2007, GICA están sujetas a instrumentos de prevención y control ambiental (que son Autorización Ambiental Integrada, Autorización Ambiental Unificada, Evaluación Ambiental y Calificación Ambiental), integrándose el procedimiento ambiental en el procedimiento sustantivo de otorgamiento de licencia para la apertura, sin perjuicio de las especialidades contenidas en otra legislación sectorial (v.gr. Ley 13/1999 o en la Ley de Comercio Interior de Andalucía). Los procedimientos de prevención ambiental tienen el carácter de in-

forme preceptivo y vinculante en sus aspectos negativos ambientales –determinará la denegación de licencia, y no eliminan otros controles preventivos no ambientales, por lo que no se exime del cumplimiento de las exigencias relativas a la obtención de concesiones, licencias, autorizaciones que exija la legislación especial o de régimen local.

Salvo que la Ley previese especialmente el silencio en sentido estimatorio, la ausencia de estos previos títulos habilitantes o su emisión en sentido desfavorable comportará en todo caso la denegación de la licencia. Como mantuvo la STS 22/11/1999, la omisión de informes de carácter esencial siendo exigibles por la legislación sectorial conlleva la anulación de la licencia, si fuese concedida, puesto que el otorgamiento recae “*sin que se hubieran aportado los indispensables elementos de juicio*” para que la Corporación adoptara la resolución más adecuada.

2. Resolución. Silencio Administrativo

Establecen los arts. 19 y 20 del RDU que las resoluciones de otorgamiento o denegación de licencias urbanísticas deben ser motivadas y congruentes con lo solicitado, no implicando la concesión de licencia el pago de tasas o tributos o la tolerancia municipal, conceptuándose las actuaciones realizadas sin licencia como clandestinas e ilegales, no legitimadas por el transcurso del tiempo, pudiéndose acordar la paralización o cese de la actuación por la autoridad municipal.

La resolución por la que se otorgue la licencia deberá consignar expresamente, además de cualesquiera otras especificaciones requeridas por las disposiciones vigentes o que el órgano competente considere oportuno incluir, los ss extremos: clasificación y calificación urbanística del suelo objeto de actuación; finalidad de la actuación y uso al que se destinará; presupuesto de ejecución material; situación y emplazamiento de las obras, con su identificación catastral, así como el número de finca registral en caso de parcelaciones urbanísticas y actuaciones en SNU; nombre o razón social del promotor; Técnico autor del proyecto y, en su caso, dirección facultativa de las obras; plazos para inicio y terminación de las obras y posibilidad de solicitud de prórroga y la documentación técnica o el proyecto técnico, una vez concedida la licencia, quedarán incorporados a ella como condición material de la misma.

Siendo tajante el art. 19.5 al preceptuar que sin perjuicio de las causas de nulidad previstas en la legislación vigente, serán nulas de pleno derecho las licencias que se otorguen contra las determinaciones de la ordenación urbanís-

tica cuando tengan por objeto la realización de los actos y usos contemplados en el art. 185.2 LOUA⁵⁰.

La resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de 3 meses. El plazo máximo en que deba notificarse la resolución comenzará a contar desde la fecha en que la solicitud tenga entrada en el Registro del Ayuntamiento competente para resolver, y se suspenderá en los casos previstos en la legislación sobre procedimiento administrativo común⁵¹, incluidos los ss (art. 20): plazos para la subsanación de deficiencias en la solicitud; períodos preceptivos de información pública establecidos por la legislación sectorial y suspensión del otorgamiento de licencias y plazos para la concesión de autorizaciones o emisión de informes preceptivos conforme a la normativa urbanística o a la legislación sectorial.

⁵⁰ Que son: los de parcelación urbanística en terrenos que tengan la consideración de SNU; los que afecten a terrenos clasificados como SNU de especial protección o incluidos en la zona de influencia del litoral; bienes o espacios catalogados; parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones, en los términos que se determinen reglamentariamente; las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural de los PGOU o POI, en los términos que se determinen reglamentariamente.

⁵¹ De acuerdo con el art. 42.5 de la Ley 30/92, el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los ss casos:

Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el art. 71 de la Ley 30/92.

Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de la CE por el tiempo que medie entre la petición que habrá de comunicarse a los interesados y la notificación del pronunciamiento a la administración instructora, que también deberán serles comunicadas.

Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de 3 meses.

Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el art. 88 de la Ley 30/92, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la administración o por los interesados.

Señalando el apartado 2 del art. 20 del RDUa que transcurrido el plazo de tres meses establecido en el apartado 1 de este art. “*sin que se hubiese notificado la resolución expresa de la licencia urbanística, ésta podrá entenderse otorgada conforme a la legislación sobre procedimiento administrativo común. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*”.

El comienzo de cualquier obra o uso al amparo de la licencia obtenida por silencio (es decir, aquellas que no contravengan la ordenación territorial o urbanística), requerirá, en todo caso, comunicación previa al Municipio con al menos 10 días de antelación. Antes de iniciar las obras de edificación, deberá levantarse acta de replanteo suscrita al menos por el promotor, la dirección facultativa y el constructor, que se acompañará a la referida comunicación.

Queda claro que las licencias de obra mayor o menor deben otorgarse o denegarse motivadamente y notificarse en el plazo máximo de tres meses a contar en la fecha en que la solicitud hubiere tenido entrada en el Registro General del Ayuntamiento (art. 172.5^a LOUA y art. 20 RDUa). Es innegable que la Corporación está obligada a resolver y notificar en plazo toda solicitud a ella dirigida (art. 42.1 Ley 30/92), bajo exigencia de responsabilidad disciplinaria al presunto responsable (art. 42.7 Ley 30/92). *A priori*, el vencimiento del plazo máximo señalado, una vez alzada la suspensión, en su caso, sin que hubiere sido notificada resolución expresa (es decir, otorgando o denegando motivadamente la petición de licencia, o declarando desistido de su derecho al peticionario por no subsanar en tiempo y forma –art. 42.1 de la ley 30/92 y art. 15 del RDUa en relación con el art. 71 de la Ley 30/92) legitima al solicitante de licencia de obras para entenderla:

- a) estimada, siempre que no contravenga la ordenación territorial o urbanística y que tendrá a todos los efectos la consideración de acto administrativo, finalizador del procedimiento, requiriendo el comienzo de cualquier obra o uso al amparo de la estimación presunta, comunicación previa al Ayuntamiento con un mínimo de diez días de antelación (art. 20.3 RDUa) a fin de que pudiere éste iniciar procedimiento de revisión de oficio y suspensión conforme a los arts. 190 LOUA y arts. 102, 103 y 104 de la Ley 30/92). El acto administrativo producido por silencio podrá hacerse valer ante la Administración y cualquier persona física o jurídica, acreditándose la existencia de este acto presunto por cualquier medio probatorio admitido en derecho o por certificado a expedir en 15 días por el órgano que habría de resolver.

- b) o desestimada por silencio administrativo, como se verá a continuación. La desestimación presunta opera el sólo efecto de facultar al interesado para que interponga recurso administrativo o contencioso-administrativo (art. 43.2 Ley 30/92), ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, en beneficio del interesado. Si la licencia solicitada afecta a actividades en la vía pública o bienes de dominio público o patrimoniales, se entenderá en todo caso denegada por silencio administrativo. Sienta este radical efecto el art. 43.1 de la Ley 30/92 para el caso de solicitudes cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al peticionario facultades relativas al dominio público o al servicio público.

De modo que el peticionario de licencia de obras, una vencido el plazo de 3 meses sin que hubiere sido requerido de subsanación de errores detectados en el proyecto o documentación y sin recepción de notificación de resolución expresa, podría en principio entenderla estimada presuntamente por silencio positivo. Ahora bien, esta declaración tan contundente merece ser matizada en sentido restrictivo. Y ello es así porque el vigente art. 43.1⁵² de la Ley 30/92, según nueva redacción dada por la Ley 25/2009 sienta como norma general en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración deba dictar en la forma prevista en el apartado 3, que el vencimiento del plazo máximo sin haber notificado resolución expresa legitima al interesado que hubiera deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, pero con la importantísima salvedad: “*excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario*”⁵³. Y así ocu-

⁵² La anterior redacción dada al art. 43.2 por la Ley 4/99 sentaba como norma general en procedimientos iniciados a instancia de parte que los interesados podrían entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, pero con la importantísima salvedad que establecía el párr. 2, siempre que “*una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario establezca lo contrario*”.

⁵³ Sigue diciendo la actual redacción del art. 43: “*Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el art. 29 CE, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. (...) 2. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. 3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado 1 del art. 42 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dic-*

re en la legislación urbanística, puesto que aunque la LOUA nada exprese al respecto –si lo hacía el Proyecto de Ley– la redacción del art. 20.2 del RDUa reproduce el art. 8.1.b) del RDL 2/2008, siendo un precepto “básico” según la Disposición Final Primera.1 del RDL 2/2008) y es bien rotunda: “*en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*”,⁵⁴ puesto que no puede obtenerse por silencio lo que legalmente no sea otorgable por resolución expresa (STS 15/12/1999). En los supuestos de solicitud de licencia urbanística se transciende la materia urbanística (competencia autonómica) y entra en escena otro título competencial más específico y prevalente, en consecuencia, como es el relativo al procedimiento administrativo común incardinado en el art. 149.1.18 CE. El sentido del silencio en materia de licencias urbanísticas se sitúa en la materia del régimen jurídico de las AA.PP y del procedimiento administrativo común, y por tanto es competencia estatal, no autonómica. O por utilizar las mismas palabras que en la STSJ de Andalucía de 06/09/2005: “*por último cabe entrar sobre las licencias de obras que al parecer de la parte actora, se han ganado por silencio administrativo positivo. Tras la LOUA, arts. 172.5 que establece que “la resolución expresa deberá notificarse en el plazo máximo de tres meses. Transcurrido este plazo podrá entenderse, en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común otorgada la licencia interesada”, desde luego se ha terminado con la polémica sobre el silencio respecto de si la obtención de licencias municipales de obras seguía siendo de*

tarse de ser confirmatorio del mismo. b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio. 4. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de 15 días”.

⁵⁴ El hoy derogado apartado 6 del art. 242 LS/92 –que fue declarado constitucional por la STC 20/03/1997 por encuadrarse en la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18^a) y confirmada su vigencia por la Disposición Derogatoria Única de la hoy también derogada LRSV era un precepto “básico” según la Disposición Derogatoria Única LS/92– establecía rotundamente: “*en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*”. También el artículo 5 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprobó el Reglamento de Disciplina Urbanística, preceptuó con mayor amplitud sin lugar a dudas que “*en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación, Programas, Proyectos, y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento o de las Normas y Ordenanzas reguladoras sobre uso de suelo y edificación*”.

aplicación el art. 9 RSCL, con la distinción entre obras e instalaciones menores y apertura y el resto, con el doble mecanismo previsto para uno y otro supuesto, o por el contrario con la vigencia de la Ley 30/92 el sistema del silencio implantado por esta Ley había sido sustituido a aquel. A partir de la LOUA el esquema del silencio administrativo positivo es idéntico al regulado en el art. 43.2 de la Ley 30/92, según el texto de la Ley 4/99". Por tanto, únicamente se entenderá otorgada la licencia urbanística una vez transcurrido el plazo máximo de resolución y notificación, si la licencia no es contraria al ordenamiento urbanístico, de acuerdo con el art. 8.1.b) RDL 2/2008 y concordante art. 20.2 RDU, al no poder entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que deriven de licencias otorgadas en contra del planeamiento urbanístico o de la ordenación territorial o urbanística⁵⁵.

⁵⁵ La STS de 03/11/2005 declaró también imposible la adquisición por silencio de licencias contra Ley o plan al amparo del entonces art. 242.6 LRSOU. No obstante el criterio mayoritario en la doctrina y en la judicatura, el TSJ de Valencia en ST 24/05/2005 y de Andalucía mantuvieron lo contrario en ST 785/2005, con anterioridad a la STS de 28/01/2009 que ha resuelto definitivamente la cuestión. Declaraba así el TSJA en ST 29/03/2007: *"la estimación por silencio de una solicitud tiene igual naturaleza que el acto administrativo expreso estimatorio de la misma. Y, en lógica consecuencia, para dejar sin efecto un acto administrativo producido por silencio se necesita acudir al procedimiento de revisión de los actos administrativos expresos. Bien sea a instancia de la Administración o a instancias de un particular"*. Razonaba en este mismo sentido el Magistrado García Bernaldo de Quirós en "Derecho Urbanístico de Andalucía", El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 2004, que *"la norma autonómica apunta a la solución práctica de control a posteriori de la facultad obtenida por silencio y posible inicio del expediente de revisión de oficio al amparo de la causa de nulidad regulada en el art. 62. f) de la Ley 30/92. Es en este plazo de 10 días donde la administración puede remediar el defecto, y el vicio en que ha incurrido, al permitir que una petición de licencia acabe obteniendo éxito por no haber tramitado en plazo el procedimiento. En esos 10 días debe comprobar y calificar la petición para, en su caso, instar la revisión de oficio de la licencia obtenida por resolución presunta, acordando, si es necesario, la suspensión de la ejecutividad de dicho acto presunto. la Ley evita, en esta interpretación que sugiero, la colisión frontal entre legalidad y seguridad jurídica que otras interpretaciones implican, pues choca contra la seguridad jurídica mantener que es nulo radicalmente lo que se obtiene por silencio si son facultades contrarias a ordenamiento jurídico. Porque desde la perspectiva del administrado la Ley otorga una facultad si la Administración, en el plazo marcado por la norma, no impide la concesión de dicha facultad. Para el administrado el plazo es la garantía de legalidad de su petición. Transcurrido el plazo sin recibir respuesta negativa, no puede dejarse, a un impreciso momento posterior, la posibilidad de que la administración invoque la nulidad de un acto administrativo, resolución presunta, que sólo su indolencia ha provocado. Esta interpretación puede hacer inútil toda la reforma del procedimiento administrativo iniciado por la Ley 30/92 y culminada con la Ley 4/99. Por último, debemos añadir para completar el razonamiento, que esta solución es la más razonable si observamos también el contenido del art. 190 de la Ley (relativo a la revisión de licencias urbanísticas). Por eso encuentro muy razonable la salida interpretativa que la Ley autonómica contempla, aunque no deja de ser un requisito de procedimiento que se introduce en la norma autonómica, en posible colisión con las bases comunes del procedimiento estatal"*. Es decir, según esta superada tesis el peticionario de licencia podría entender que había obtenido su solicitud por silencio positivo en todo caso, pero el interés general quedaría salvaguardado por el título habilitador del hoy derogado art. 242.6 (hoy 8.1.b) RDL 2/2008) y el deber que tendría entonces la Administración para impug-

Y es que la prioridad del principio de legalidad sobre el de seguridad jurídica no conduce sino a esta interpretación, siendo también el criterio de la jurisprudencia dominante (STS 23/01/1990 y 21/10/1998), que se evidencia plenamente por las consecuencias perjudiciales que el silencio positivo *contra legem* pudiera tener para el interés general.

Concluir diciendo que todo este debate ha sido resuelto por la ST de 28/01/2009 de la Sala Tercera del TS fallando un Recurso de Casación en Interés de Ley al fijar definitivamente como doctrina legal que el art. 242.6 LS/92 y el hoy vigente art. 8.1.b) del RDL 2/2008 son normas con rango de Ley Básica estatal, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el art. 43.2 de la Ley 30/92, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística⁵⁶.

nar o revisar esta licencia *contra legem* una vez que tuviera conocimiento de su existencia, pudiendo invocar el art 8.1.b) RDL 2/2008 en relación con el art. 62.f) de la Ley 30/92.

⁵⁶ Establece esta trascendente ST en su Fundamento de Derecho Cuarto que el art. 8.1 b) RDL2/2008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 LS/92 con una redacción más general. Éste, declarado expresamente vigente en la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1998 y no derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 8/2007, establecía que “*en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*”. El art. 8.1 b), último párrafo, dispone que “*en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*”. Uno y otro son preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico (artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir Disposición Final Primera 1 del RDL 2/2008). Y también es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/92, modificado por Ley 4/1999, según el cual “*los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario*”. Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 LS/92 1992 y ahora con lo dispuesto en el art. 8.1 b), último párrafo, RDL 2/2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística. Se mantiene por tanto la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, recogida, entre otras, en las STS de fechas 30/01 y 15/10/2002, 17/11/2003, 26/03/2004, 03/12/2005, 31/10/2006, y 17/10/2007, declarando el TS el error de la Sala de instancia.

Bibliografía básica

- ARANA GARCÍA, ESTANISLAO y GRANADOS RODRÍGUEZ, JUAN FERNANDO. La Desaparición de las Licencias en las Actividades Clasificadas Incluidas en el Ámbito de la Directiva de Servicios: el Supuesto Particular de la Legislación Ambiental Andaluza, *Revista General de Derecho Administrativo IUSTEL*, 2010.
- BULLEJOS CALVO, CARLOS, BARRANCO VELA, RAFAEL, CAMPOS SÁNCHEZ, MIGUEL ÁNGEL. *Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos*, La Ley, Madrid, 2011.
- CANO MURCIA, ANTONIO. El Nuevo Régimen Jurídico de las Licencias de Apertura adaptado a la Ley 17/2009, sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, La Ley, Madrid, 2010.
- CHOLBI CACHÁ, FRANCISCO ANTONIO. El Régimen de la Comunicación Previa. Las Licencias de Urbanismo y su Procedimiento de Otorgamiento. Especial referencia a las relaciones con las Licencias de Actividad y a la Aplicación del Silencio Positivo, La Ley, Madrid, 2010.
- QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS y otros. La Ordenación de las Actividades de Servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, Aranzadi, Navarra, 2011.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, VENANCIO y GUTIÉRREZ JULIÁN, FRANCISCO JAVIER. Comentarios sobre el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2011.
- ORTEGA MONTORO, RODRIGO. El Nuevo Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, Decreto 60/2010, de 10 de marzo: Las Licencias Urbanísticas (I y II). *Revista El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados* n° 10, 2010.
- PUCHALT RUIZ, MARCOS. La Transposición de la Directiva 2006/123/CE, de Servicios del Mercado Interior y sus Repercusiones en el Derecho Administrativo, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* n° 37, Valencia, enero, 2011.
- VALERA ESCOBAR, GINÉS. Licencias Urbanísticas de Obras y de Primera Ocupación. Licencias de Parcelaciones. Capítulo XVII del Libro Manual Práctico de Derecho Urbanístico de Andalucía, Granada, 2009.
- VILLAREJO GALENDE, HELENA y otros. Retos y Oportunidades de la Transposición de la Directiva de Servicios, XXV Edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios, 2009.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de la Unión Europea Año 2011*

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En los asuntos generales de la Unión Europea la aplicación del Tratado de Lisboa sigue aportando novedades al acervo jurídico de la misma, y así se adopta una reglamento sobre la iniciativa ciudadana (DOUE L 65, 11.03.2011, p. 1), que por primera vez es posible en el ámbito legislativo de la Unión Europea.

También se reconocerá oficialmente, mediante una comunicación de la Comisión la caducidad de algunos actos del Derecho comunitario en el ámbito de la agricultura (DOUE C 14, 18.01.2011, p. 1). Igualmente, se autoriza una cooperación reforzada, en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria (DOUE L 76, 22.03.2011, p. 53) Se trata del segundo caso de cooperación reforzada en la Unión Europea y en ella participan 25 Estados miembros, todos menos España e Italia. En estos asuntos generales también se incluye la ampliación del período transitorio para la adquisición de tierras agrícolas en Lituania (DOUE L 101, 15.04.2011, p. 122) y en Eslovaquia (DOUE L 101, 15.04.2011, p. 124).

En lo que se refiere a los aspectos financieros, se decide la movilización del Instrumento de Flexibilidad, para completar el presupuesto de la UE (DOUE L 14, 19.01.2011, p. 20). También se adoptan varias decisiones relativas a la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización de conformidad con el apartado 28 del Acuerdo Interinstitucional, de 17 de mayo de 2006, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera (solicitud EGF/2010/012 NL/Noord Holland ICT, Países Bajos, DOUE L 41, 15.02.2011, p. 8), (solicitud «FEAG/2010/010 CZ/Unilever», República Checa, DOUE L 98, 13.04.2011, p. 13), y (solicitud FEAG/2010/013 PL/Podkarpackie –fabricación de maquinaria– Polonia,

* Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 1^{er} cuatrimestre de 2011.

DOUE L 104, 20.04.2011, p. 45). El Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG) se creó para proporcionar apoyo adicional a los trabajadores despedidos que sufren las consecuencias de cambios estructurales importantes en los modelos del comercio mundial y para ayudarlos a reincorporarse al mercado laboral. El ámbito de aplicación del FEAG se amplió a las solicitudes presentadas a partir del 1 de mayo de 2009 a efectos de aportar ayuda a los trabajadores despedidos como consecuencia directa de la crisis económica y financiera mundial.

El último acto en relación con cuestiones financieras también se refiere a las novedades aportadas por el Tratado de Lisboa, y se trata de una modificación del Reglamento (CE) n° 215/2008 por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al décimo Fondo Europeo de Desarrollo, por lo que se refiere al Servicio Europeo de Acción Exterior (DOUE L 102, 16.04.2011, p. 1).

En los asuntos Institucionales, cabe señalar dos decisiones de la Mesa del Parlamento Europeo, una relativa a la modificación de las Medidas de aplicación del Estatuto de los diputados al Parlamento Europeo (DOUE C 49, 16.02.2011, p. 2) y otra por la que se establecen las normas de ejecución del Reglamento (CE) n° 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea (DOUE C 112, 9.04.2011, p. 1).

También aquí la aplicación del Tratado de Lisboa implica la adopción de nueva normativa, como el reglamento por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión, con la Declaración del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión y las Declaraciones de la Comisión (DOUE L 55, 28.02.2011, p. 13 y 19).

Se adopta también una comunicación de la Comisión sobre la aplicación del artículo 260, apartado 3, del TFUE, referida a las sanciones económicas a los Estados miembros por incumplimiento de sentencias del TJUE (DOUE C 12, 15.01.2011, p. 1).

Y en lo que se refiere a la renovación de miembros españoles en distintos órganos de la Unión Europea, se renueva el mandato hasta 2011, entre otros, del Sr. Luis López Sanz-Aránguez en el Comité de Vigilancia de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (DOUE L 67, 15.03.2011, p. 26) y se nombra al Sr. Artur Mas Gavarró, Presidente de la Generalitat de Catalunya, como miembro español del Comité de las Regiones (DOUE L 103, 19.04.2011, p. 113).

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En lo que se refiere a Unión aduanera y Libre circulación de mercancías se firma y aplica provisionalmente un Protocolo por el que se amplía a las medidas aduaneras de seguridad el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Económica Europea y el Principado de Andorra (DOUE L 36, 10.02.2011, p. 1 y 3).

Se adopta un reglamento por el que se modifican determinados reglamentos relativos a la clasificación de las mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 5, 8.01.2011, p. 1) y numerosos reglamentos relativos a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 34, 9.02.2011, p. 33; DOUE L 34, 9.02.2011, p. 35; DOUE L 34, 9.02.2011, p. 37; DOUE L 86, 1.04.2011, p. 53; DOUE L 86, 1.04.2011, p. 55; DOUE L 86, 1.04.2011, p. 57; DOUE L 86, 1.04.2011, p. 59; DOUE L 86, 1.04.2011, p. 61).

También se adopta normativa relativa a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios comunitarios en el sector de la carne de aves de corral originaria de Brasil, Tailandia y otros terceros países (DOUE L 70, 17.03.2011, p. 1), a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión para los vinos originarios de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 96, 9.04.2011, p. 12) y para determinados pescados y productos de la pesca originarios de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 98, 13.04.2011, p. 1). Y se deroga el Reglamento (CE) n° 1964/2005 del Consejo sobre los tipos arancelarios aplicables a los plátanos (DOUE L 88, 4.04.2011, p. 44).

En esta materia también se adopta una recomendación de la Comisión, relativa a la certificación de las empresas de defensa, de conformidad con el artículo 9 de la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad (DOUE L 11, 15.01.2011, p. 62).

En Política Comercial, como suele ser habitual, se adoptan numerosos tratados internacionales. Así se firma, en nombre de la Unión Europea, el Acuerdo entre la Unión Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein que modifica el Acuerdo adicional entre la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein por el que se hace extensivo al Principado de Liechtenstein el Acuerdo entre la Comunidad Euro-

pea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas (DOUE L 25, 28.01.2011, p. 4). Se decide la posición que debe adoptar la Unión Europea en el seno del Comité mixto de Agricultura creado por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas a propósito de la adaptación del anexo 3 del Acuerdo (DOUE L 25, 28.01.2011, p. 5) y también la posición que debe tomar la Unión Europea en la quinta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Rotterdam en relación con las modificaciones del anexo III del Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (DOUE L 70, 17.03.2011, p. 39).

También se decide la celebración del Acuerdo Interino sobre Comercio y cuestiones relacionadas con el comercio entre la Comunidad Europea, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y Turkmenistán, por otra (DOUE L 80, 26.03.2011, p. 19 y 21) y del Acuerdo de Ginebra sobre el comercio de bananos entre la Unión Europea y Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela y del Acuerdo sobre el comercio de bananos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (DOUE L 88, 4.04.2011, p. 66).

Igualmente se decide la celebración y la firma de un Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Unión Europea y la República de Camerún sobre la aplicación de las leyes forestales, la gobernanza y el comercio de madera y productos derivados con destino a la Unión Europea (FLEGT) (DOUE L 92, 6.04.2011, p. 1; DOUE L 92, 6.04.2011, p. 3 y 4) y de un Acuerdo de asociación voluntaria entre la Unión Europea y la República del Congo sobre la aplicación de las leyes forestales, la gobernanza y el comercio de la madera y productos derivados a la Unión Europea (FLEGT) (DOUE L 92, 6.04.2011, p. 126 y 127).

Siempre en esta materia de relaciones internacionales se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea, por una parte, y la Autoridad Palestina de Cisjordania y la Franja de Gaza, por otra, por el que se establece la progresiva liberalización del comercio de productos agrícolas, productos agrícolas transformados, pescado y productos de la pesca, y por el que se modifica el Acuerdo euromediterráneo interino de asociación en materia de comercio y cooperación entre la Comunidad Europea, por una parte, y la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), actuando por cuenta de la Autoridad Palestina de Cisjordania

y la Franja de Gaza, por otra parte (DOUE L 104, 20.04.2011, p. 2) y de un Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Uzbekistán, por otra, por el que se modifica el Acuerdo para ampliar las disposiciones del Acuerdo al comercio bilateral de productos textiles, a la vista de la expiración del acuerdo bilateral sobre textiles (DOUE L 106, 27.04.2011, p. 1).

También se adopta un reglamento por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 689/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos (DOUE L 53, 26.02.2011, p. 41) y otro que modifica el Reglamento (CE) n° 1277/2005 de la Comisión por el que se establecen normas de aplicación para el Reglamento (CE) n° 273/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre precursores de drogas, y para el Reglamento (CE) n° 111/2005 del Consejo, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países (DOUE L 61, 8.03.2011, p. 2).

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En el ámbito de la Política Agrícola, y dentro de las relaciones internacionales de la Unión Europea, se aprueba la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el seno del Consejo internacional del azúcar en relación con la prórroga del Acuerdo internacional de 1992 sobre el azúcar (DOUE L 94, 8.04.2011, p. 1) y la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el seno del Consejo internacional de cereales en relación con la prórroga del Convenio sobre el comercio de cereales de 1995 (DOUE L 94, 8.04.2011, p. 28).

En lo que se refiere a los aspectos generales de esta política, se adopta normativa que establece disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1698/2005 del Consejo en lo que respecta a la aplicación de los procedimientos de control y la condicionalidad en relación con las medidas de ayuda al desarrollo rural (DOUE L 25, 28.01.2011, p. 8) y del Reglamento (CE) n° 1290/2005 del Consejo, en lo que atañe a la financiación de los gastos de intervención derivados de las operaciones de almacenamiento público (DOUE L 47, 22.02.2011, p. 1).

En cuanto a las organizaciones comunes de mercado y financiación de los agricultores, se modifica la normativa en lo que respecta a las obligaciones de

notificación en la organización común de mercados agrícolas y a los regímenes de ayuda directa a los agricultores (DOUE L 49, 24.02.2011, p. 16), y se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común (DOUE L 82, 30.03.2011, p. 1).

En aplicación de la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010 en los asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR y Hartmut Eifert/Land Hessen, aún no publicada en la Recopilación, en la que el Tribunal declara inválidas algunas disposiciones de un reglamento referidas a la obligación de publicar datos relativos a los beneficiarios de fondos agrícolas europeos, se adopta el Reglamento de Ejecución (UE) n° 410/2011 de la Comisión, de 27 de abril de 2011, que modifica el Reglamento (CE) n° 259/2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1290/2005 del Consejo en lo que se refiere a la publicación de información sobre los beneficiarios de fondos procedentes del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DOUE L 108, 28.04.2011, p. 24).

También se adoptan reglamentos de ejecución por los que se imponen condiciones especiales a la importación de piensos y alimentos originarios o procedentes de Japón a raíz del accidente en la central nuclear de Fukushima (DOUE L 80, 26.03.2011, p. 5) y por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo, sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos, con respecto a la producción ecológica, su etiquetado y su control (DOUE L 96, 9.04.2011, p. 15).

En lo que se refiere a la regulación de productos, vegetales, cereales y hortícolas se modifica la regulación relativa a las categorías de productos vitícolas, las prácticas enológicas y las restricciones aplicables (DOUE L 19, 22.01.2011, p. 1) y se adopta un reglamento relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión para los vinos originarios de la República de Serbia (DOUE L 22, 26.01.2011, p. 1). También se modifica el Reglamento (CEE) n° 2568/91 relativo a las características de los aceites de oliva y de los aceites de orujo de oliva y sobre sus métodos de análisis (DOUE L 23, 27.01.2011, p. 1).

Se modifica igualmente el Reglamento (CE) n° 2003/2003 relativo a los abonos, para adaptar al progreso técnico sus anexos I y IV (DOUE L 43, 17.02.2011, p. 1), se adopta el Reglamento (UE) n° 162/2011 por el que se determinan los centros de intervención del arroz (DOUE L 47, 22.02.2011, p. 11)

y se aplica la Directiva 2002/55/CE del Consejo con respecto a las condiciones en las que puede autorizarse la comercialización de pequeños envases de mezclas de semillas estándar de distintas variedades de plantas hortícolas pertenecientes a la misma especie (DOUE L 78, 24.03.2011, p. 55). También se modifica el Reglamento (UE) n° 642/2010 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que concierne a los derechos de importación en el sector de los cereales (DOUE L 70, 17.03.2011, p. 31) y el Reglamento (CE) n° 1120/2009 en lo que respecta a la utilización de las tierras para la producción de cáñamo en el marco de la aplicación del régimen de pago único previsto en el Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo (DOUE L 93, 7.04.2011, p. 16).

Se adoptan varias Directivas de Ejecución que modifican la Directiva 91/414/CEE del Consejo para incluir la sustancia activa carbetamida (DOUE L 104, 20.04.2011, p. 41), la sustancia activa carboxina (DOUE L 105, 21.04.2011, p. 19), la sustancia activa dazomet (DOUE L 105, 21.04.2011, p. 24) y la sustancia activa, y se modifica la Decisión 2008/934/CE (DOUE L 105, 21.04.2011, p. 28).

En lo que se refiere a ganadería y aves de corral, se adopta variada normativa en relación con los piensos, como el reglamento (UE) n° 26/2011 relativo a la autorización de la vitamina E como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 11, 15.01.2011, p. 18), se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 669/2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la intensificación de los controles oficiales de las importaciones de determinados piensos y alimentos de origen no animal (DOUE L 53, 26.02.2011, p. 45), se autorizan distintas sustancias como aditivos, la sal sódica de dimetilglicina como aditivo alimentario para pollos de engorde (Taminco N.V. es el titular de la autorización) (DOUE L 102, 16.04.2011, p. 6), la maduramicina de amonio alfa como aditivo de piensos para pollos de engorde (DOUE L 104, 20.04.2011, p. 3), un preparado enzimático de endo-1,4-beta-xilanasas, subtilisina y alfa-amilasa para su uso como aditivo en piensos para gallinas ponedoras (la empresa Danisco Animal Nutrition es titular de la autorización) (DOUE L 104, 20.04.2011, p. 7) y se adopta una recomendación de la Comisión por la que se establecen directrices para la distinción entre materias primas para piensos, aditivos para piensos, biocidas y medicamentos veterinarios (DOUE L 11, 15.01.2011, p. 75).

En la regulación de la carne, se adopta un reglamento (UE) n° 68/2011 relativo a la fijación del importe de la ayuda por adelantado para el almace-

namiento privado de carne de porcino (DOUE L 26, 29.01.2011, p. 2), se establecen disposiciones de aplicación del régimen de certificados de exportación en el sector de la carne de aves de corral (DOUE L 30, 4.02.2011, p. 1), y 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 44, 18.02.2011, p. 7).

En materia de protección de la salud de personas y animales, se adopta un reglamento (UE) n° 87/2011 por el que se designa el laboratorio de referencia de la UE para la salud de las abejas, se establecen responsabilidades y tareas adicionales para este laboratorio y se modifica el anexo VII del Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 29, 3.02.2011, p. 1). También se adopta nueva normativa que establece disposiciones de aplicación de la Directiva 91/414/CEE del Consejo en lo que se refiere al procedimiento para la evaluación de las sustancias activas que no estaban comercializadas dos años después de la fecha de notificación de dicha Directiva (DOUE L 53, 26.02.2011, p. 51) y un reglamento por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiiformes transmisibles (DOUE L 53, 26.02.2011, p. 56). También se adoptan dos decisiones, una por la que se modifican los anexos II a IV de la Directiva 2009/158/CE del Consejo, relativa a las condiciones de policía sanitaria que regulan los intercambios intracomunitarios y las importaciones de aves de corral y de huevos para incubar procedentes de terceros países (DOUE L 90, 6.04.2011, p. 27) y otra por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 97/78/CE del Consejo en lo que respecta al transbordo en el puesto de inspección fronterizo de introducción de partidas de productos destinados a la importación en la Unión o para terceros países (DOUE L 90, 6.04.2011, p. 50).

En lo que se refiere a problemas sanitarios concretos, se adopta una decisión sobre determinadas medidas para prevenir la transmisión del virus de la peste porcina africana desde Rusia al territorio de la Unión (DOUE L 30, 4.02.2011, p. 40), otra relativa a una participación financiera de la Unión en las medidas urgentes de lucha contra la enfermedad de Newcastle, que es una enfermedad vírica contagiosa que produce una elevada mortalidad en las aves de corral, en España en 2009 (DOUE L 87, 2.04.2011, p. 29) y un Reglamento de Ejecución por el que se imponen condiciones especiales a la importación de piensos y alimentos originarios o procedentes de Japón a raíz del accidente en la central nuclear de Fukushima (DOUE L 97, 12.04.2011, p. 20).

En el ámbito de los productos lácteos se adopta un Reglamento de Ejecución que modifica el Reglamento (CE) n° 619/2008, por el que se abre una licitación permanente relativa a las restituciones por exportación para determinados productos lácteos (DOUE L 108, 28.04.2011, p. 23).

Por último, se modifica el Reglamento (CE) n° 288/2009 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo relativo a la concesión de una ayuda comunitaria para la distribución de frutas y hortalizas, frutas y hortalizas transformadas y productos del plátano a los niños en los centros escolares, en el marco de un plan de consumo de fruta en las escuelas (DOUE L 14, 19.01.2011, p. 6).

IV. POLÍTICA PESQUERA

En el ámbito de la Política de Pesca de la Unión Europea, se celebran tres tratados internacionales, el Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración entre la Comunidad Europea y los Estados Federados de Micronesia relativo a la pesca en aguas de los Estados Federados de Micronesia (DOUE L 52, 25.02.2011, p. 1 y 3), el Acuerdo entre la Unión Europea, Islandia, Liechtenstein y Noruega sobre un Mecanismo Financiero EEE 2009–2014, un Acuerdo entre la Unión Europea y Noruega sobre un Mecanismo Financiero Noruego para el período 2009–2014, un Protocolo Adicional del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea e Islandia, sobre disposiciones especiales aplicables a las importaciones a la Unión Europea de determinados pescados y productos pesqueros para el período 2009–2014, y un Protocolo Adicional del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y Noruega, sobre disposiciones especiales aplicables a las importaciones a la Unión Europea de determinados pescados y productos pesqueros para el período 2009–2014 (DOUE L 69, 16.03.2011, p. 1) y la Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur (DOUE L 81, 29.03.2011, p. 1).

En cuanto al régimen general de la pesca y flotas pesqueras se modifican el anexo I del Reglamento (CE) n° 1005/2008 del Consejo en lo que respecta a la definición de productos de la pesca, y el Reglamento (CE) n° 1010/2009 de la Comisión en lo que respecta a los modelos de notificación previa, los criterios de referencia de las inspecciones en puerto y el reconocimiento de los sistemas de documentación de capturas aprobados por organizaciones regionales de ordenación pesquera (DOUE L 57, 2.03.2011, p. 10), también se modifica

el Reglamento (CE) n° 708/2007 del Consejo sobre el uso de las especies exóticas y las especies localmente ausentes en la acuicultura (DOUE L 88, 4.04.2011, p. 1) y se adopta un Reglamento de Ejecución que establece las normas de desarrollo del Reglamento (CE) n° 1224/2009 del Consejo por el que se establece un régimen comunitario de control para garantizar el cumplimiento de las normas de la política pesquera común (DOUE L 112, 30.04.2011, p. 1).

La protección del medio marino y el establecimiento de las cuotas generales de pesca también son objeto de regulación, y así se adoptan varios reglamentos, uno por el que se excluyen las subdivisiones CIEM 27 y 28.2 de algunas limitaciones del esfuerzo pesquero en 2011, en virtud del Reglamento (CE) n° 1098/2007 del Consejo por el que se establece un plan plurianual para las poblaciones de bacalao del Mar Báltico y para las pesquerías de estas poblaciones (DOUE L 23, 27.01.2011, p. 15), otro por el que se establecen, para 2011, las posibilidades de pesca para determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces, aplicables en aguas de la UE y, en el caso de los buques de la UE, en determinadas aguas no pertenecientes a la UE (DOUE L 24, 27.01.2011, p. 1), y un tercero por el que se asignan las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo del Acuerdo de Colaboración entre la Comunidad Europea y los Estados Federados de Micronesia relativo a la pesca en aguas de los Estados Federados de Micronesia (DOUE L 52, 25.02.2011, p. 66).

En el esfuerzo por mantener los recursos vivos del mar se inscribe el reglamento por el que se prohíbe la pesca de aguja azul en el Océano Atlántico por parte de los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L 27, 1.02.2011, p. 9), y las decisiones como la que modifica la Decisión 2008/620/CE por la que se establece un programa específico de control e inspección de las poblaciones de bacalao que se encuentran en el Kattegat, el Mar del Norte, el Skagerrak, la Mancha Oriental, las aguas occidentales de Escocia y el Mar de Irlanda (DOUE L 46, 19.02.2011, p. 46), la que modifica la Decisión 2008/589/CE por la que se establece un programa específico de control e inspección de las poblaciones de bacalao del Mar Báltico (DOUE L 46, 19.02.2011, p. 50) y la que establece un programa específico de control e inspección con miras a la recuperación de las poblaciones de atún rojo del Atlántico oriental y el Mediterráneo (DOUE L 87, 2.04.2011, p. 9).

A ese mismo esfuerzo corresponden los reglamentos que prohíben la pesca por parte de los buques que enarbolan pabellón de España, de carbonero en la zona VI y en las aguas de la UE y las aguas internacionales de las zonas Vb, XII y XIV (DOUE L 3, 6.01.2011, p. 1) de sable negro en las zonas VIII,

IX y X (aguas comunitarias y aguas no sujetas a la soberanía o jurisdicción de terceros países) (DOUE L 27, 1.02.2011, p. 11), de brótola en las zonas V, VI y VII (aguas comunitarias y aguas no sujetas a la soberanía o jurisdicción de terceros países) (DOUE L 27, 1.02.2011, p. 13), de lenguado común en las zonas VIIIa y VIIIb (DOUE L 27, 1.02.2011, p. 15), de fletán negro en la zona NAFO 3LMNO (DOUE L 27, 1.02.2011, p. 17) y se reducen determinadas cuotas de caballa asignadas a España para 2011 y años siguientes debido a la sobrepesca practicada en 2010 (DOUE L 48, 23.02.2011, p. 11).

V. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

Respecto a la Libre circulación de trabajadores, Política Social y de Empleo, en este período únicamente se adopta una decisión relativa al reconocimiento de Túnez en lo relativo a la educación, formación y titulación de la gente de mar a los efectos del reconocimiento de los certificados de aptitud (DOUE L 110, 29.04.2011, p. 34).

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En cuanto al Derecho de Establecimiento y la Libre prestación de Servicios, se adopta la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DOUE L 110, 29.04.2011, p. 1) y una decisión sobre la equivalencia de los sistemas de supervisión pública, control de calidad, investigación y sanciones que aplican algunos terceros países a los auditores y sociedades de auditoría y sobre un período transitorio autorizado para las actividades de auditoría en la Unión Europea de los auditores y sociedades de auditoría de ciertos terceros países (DOUE L 15, 20.01.2011, p. 12).

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En la Política de Transportes se celebran diversos tratados internacionales y se procede a la firma y la aplicación provisional del Acuerdo sobre un espacio aéreo común entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra (DOUE L 25, 28.01.2011, p. 1). En relación con determinados aspectos de los servicios aéreos se celebran Acuerdos con los Estados

Unidos Mexicanos (DOUE L 38, 12.02.2011, p. 33 y 34), la Unión Económica y Monetaria del África Occidental (DOUE L 51, 25.02.2011, p. 1) y la República de Cabo Verde (DOUE L 96, 9.04.2011, p. 1 y 2). Asimismo, se procede a la firma y aplicación provisional del Acuerdo Euromediterráneo de Aviación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hachemí de Jordania, por otra (DOUE L 79, 25.03.2011, p. 1) y del Memorándum de Cooperación NAT-I-9406 entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea (DOUE L 89, 5.04.2011, p. 1 y 3).

En lo que se refiere a los transportes aéreos se adopta un reglamento sobre la información previa que debe facilitarse con miras al establecimiento y la modificación de un bloque funcional de espacio aéreo (DOUE L 51, 25.02.2011, p.2) y se modifica el Reglamento (CE) n° 633/2007 en lo que atañe a las disposiciones transitorias a las que se refiere el artículo 7 (cielo único) (DOUE L 77, 23.03.2011, p. 23). También se adopta una decisión que establece los objetivos de rendimiento y los umbrales de alerta para toda la Unión Europea en lo que respecta a la prestación de servicios de navegación aérea durante los años 2012 a 2014 (DOUE L 48, 23.02.2011, p. 16).

Respecto a la seguridad aérea, se modifica el Reglamento (UE) n° 185/2010 por el que se establecen medidas detalladas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea (DOUE L 94, 8.04.2011, p. 12) también se modifica el Reglamento (CE) n° 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 104, 20.04.2011, p. 10) y el Reglamento (CE) n° 748/2009, sobre la lista de operadores de aeronaves que han realizado una actividad de aviación enumerada en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo el 1 de enero de 2006 o a partir de esta fecha, en la que se especifica el Estado miembro responsable de la gestión de cada operador (DOUE L 39, 12.02.2011, p. 1) por lo que se refiere a la ampliación del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la UE a los países EEE-AEL (DOUE L 107, 27.04.2011, p. 1).

En los transportes por carretera se adopta un reglamento sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 (DOUE L 55, 28.02.2011, p. 1).

Respecto al transporte marítimo se modifica la Directiva 2002/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo (DOUE L 49, 24.02.2011, p. 33).

El transporte ferroviario es objeto de regulación en estos primeros meses de 2011, y en este sentido el reglamento sobre el modelo de declaración de conformidad con un tipo autorizado de vehículo ferroviario (DOUE L 57, 2.03.2011, p. 8) y la decisión que modifica la Decisión 2007/756/CE, por la que se adopta una especificación común para el registro nacional de vehículos (DOUE L 43, 17.02.2011, p. 33). También la directiva por la que se modifican los anexos II, V y VI de la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad (DOUE L 57, 2.03.2011, p. 21) y la decisión sobre las especificaciones técnicas de interoperabilidad referentes al subsistema «material rodante–ruido» del sistema ferroviario transeuropeo convencional (DOUE L 99, 13.04.2011, p. 1), así como la recomendación de la Comisión relativa a la autorización de entrada en servicio de los subsistemas de carácter estructural y de los vehículos contemplados en la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 95, 8.04.2011, p. 1).

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En los aspectos generales de la Política de la Competencia hay que destacar la Comunicación de la Comisión “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal” (DOUE C 11, 14.01.2011, p. 1).

En materia de concentraciones, y en relación con empresas españolas, la Comisión manifestó su No oposición a una concentración notificada (Asunto COMP/M.6079–BBVA/Dogus Holdings/Turkiye Garanti Bankasi JV) (DOUE C 43, 11.02.2011, p. 2).

En cuanto a los derechos antidumping, se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de película de politereftalato de etileno (PET) (DOUE L 15, 20.01.2011, p. 1; DOUE L 58, 3.03.2011, p. 14) originaria de la India, un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de película de politereftalato de etileno (PET) (DOUE L 58, 3.03.2011, p. 18) y sobre las importaciones de determinadas barras y varillas de acero inoxidable (DOUE L 108, 28.04.2011, p. 3) originaria de la India.

Respecto a la República Popular China, se impone un derecho antidumping definitivo a las importaciones de madera contrachapada de okoumé (DOUE L 28, 2.02.2011, p. 1), a las importaciones de determinados productos de fibra de vidrio de filamento continuo (DOUE L 67, 15.03.2011, p. 1), sobre

las importaciones de carburo de wolframio, carburo de wolframio simplemente mezclado con polvo metálico y carburo de wolframio fundido (DOUE L 78, 24.03.2011, p. 1), un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de determinados tejidos de malla abierta hechos de fibra de vidrio (DOUE L 43, 17.02.2011, p. 9), y sobre las importaciones de baldosas de cerámica (DOUE L 70, 17.03.2011, p. 5).

También se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de determinados mecanismos de encuadernación con anillas originarios de Tailandia (DOUE L 37, 11.02.2011, p. 2) y se concluye la reconsideración provisional parcial de las medidas antidumping aplicables a las importaciones de determinado politereftalato de etileno originario, entre otros países, de la República de Corea (DOUE L 49, 24.02.2011, p. 1).

En lo que se refiere a Ayudas de Estado hay que señalar la comunicación de la Comisión “Marco temporal de la Unión aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera” (DOUE C 6, 11.01.2011, p. 5) y la decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC por la que se modifican por sexagésimoctava vez las normas sustantivas y de procedimiento en el ámbito de la ayuda estatal mediante la introducción de tres nuevos capítulos sobre la aplicación de las normas de ayuda estatal a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial, sobre la recapitalización de las instituciones financieras en la actual crisis financiera: limitación de la ayuda al mínimo necesario y salvaguardas contra falseamientos indebidos de la competencia, y sobre el marco temporal para las medidas de ayuda estatal de apoyo al acceso a la financiación en la actual crisis financiera y económica (DOUE L 17, 20.01.2011, p. 1).

En cuanto a las ayudas de Estado a España la decisión 2011/5/CE de la Comisión, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España señala que la medida del Estado español constituye una ayuda incompatible con los Tratados, en un procedimiento que se inicia en 2007, se decide en 2009 y se publica en 2011, manteniéndose abiertos algunos de sus aspectos ante la Comisión (DOUE L 7, 11.01.2011, p. 48). Por otra parte se autorizan diversas ayudas al Reino de España, como la relativa al régimen de ayudas C 38/09 (ex NN 58/09) que España tiene previsto ejecutar en favor de la Corporación de Radio y Televisión Española (RTVE) (DOUE L 1, 4.01.2011, p. 9), y otros casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones (DOUE C 7, 12.01.2011, p. 1; DOUE C 23, 25.01.2011, p. 1;

DOUE C 29, 29.01.2011, p. 4; DOUE C 32, 1.02.2011, p. 2; DOUE C 62, 26.02.2011, p. 13; DOUE C 62, 26.02.2011, p. 14; DOUE C 71, 3.03.2011, p. 11; DOUE C 76, 10.03.2011, p. 1; DOUE C 81, 15.03.2011, p. 1 y 2).

También se autorizan ayudas de Estado a Andalucía, ayudas de salvamento y reestructuración para PYME en crisis (DOUE C 32, 1.02.2011, p. 3); y a otras Comunidades Autónomas, como son a Cataluña (DOUE C 23, 25.01.2011, p. 2; DOUE C 117, 15.04.2011, p. 4); Galicia (DOUE C 29, 29.01.2011, p. 4; DOUE C 32, 1.02.2011, p. 7; DOUE C 102, 2.04.2011, p. 5); Madrid (DOUE C 122, 20.04.2011, p. 2); Murcia (DOUE C 105, 5.04.2011, p. 3); Noroeste, Noreste, Madrid, Centro (E), Este, Sur, Canarias (DOUE C 114, 12.04.2011, p. 4); País Vasco, (DOUE C 39, 8.02.2011, p. 5; DOUE C 71, 3.03.2011, p. 1; DOUE C 102, 2.04.2011, p. 1; DOUE C 124, 27.04.2011, p. 5).

IX. FISCALIDAD

En Política Fiscal se adopta una directiva sobre la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE (DOUE L 64, 11.03.2011, p. 1). También un reglamento de ejecución por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE L 77, 23.03.2011, p. 1) y dos decisiones mediante las que se autorizan excepciones a Estados miembros, por la primera se autoriza al Reino Unido a seguir aplicando una medida de excepción al artículo 26, apartado 1, letra a), y a los artículos 168 y 169 de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE L 19, 22.01.2011, p. 11) y por la segunda se autoriza a Francia a aplicar un nivel de imposición diferenciado a determinados carburantes, de conformidad con el artículo 19 de la Directiva 2003/96/CE (DOUE L 19, 22.01.2011, p. 13).

X. POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En relación con la Política Económica y Monetaria y la libre circulación de capitales, hay que señalar la renegociación del Convenio monetario entre el Gobierno de la República Francesa, en nombre de la Comunidad Europea, y el Gobierno de Su Alteza Serenísima el Príncipe de Mónaco (DOUE L 81, 29.03.2011, p. 3).

En cuanto a los aspectos de esta política relacionados con el Banco Central Europeo, se decide la ampliación del capital del Banco Central Europeo (DOUE L 11, 15.01.2011, p. 53). También se adoptan decisiones sobre el desembolso de la ampliación del capital del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro (DOUE L 11, 15.01.2011, p. 54) y sobre el desembolso del capital del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales no pertenecientes a la zona del euro (DOUE L 11, 15.01.2011, p. 56), así como sobre las cuentas anuales del Banco Central Europeo (DOUE L 35, 9.02.2011, p. 1). El BCE decide sobre la apertura de cuentas para procesar pagos relacionados con préstamos de la EFSF a Estados miembros cuya moneda es el euro (DOUE L 10, 14.01.2011, p. 7).

Asimismo se establecen dos orientaciones, una sobre el régimen jurídico de la contabilidad y la información financiera en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (DOUE L 35, 9.02.2011, p. 31) y otra por la que se modifica la Orientación BCE/2007/2 sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (DOUE L 86, 1.04.2011, p. 75). También el Consejo adopta una recomendación sobre el nombramiento de un miembro del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo (DOUE C 56, 22.02.2011, p. 1).

Respecto a las medidas económicas de rescate, es necesario adoptarlas en relación con algunos Estados miembros, en situación de grave crisis económica. Así, en relación con Grecia, se adoptan decisiones por la que se modifica la Decisión 2010/320/UE dirigida a Grecia con objeto de reforzar y profundizar la supervisión presupuestaria y de formular una advertencia a Grecia a fin de que adopte las medidas para la reducción del déficit, considerada necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo (DOUE L 26, 29.01.2011, p. 15; DOUE L 110, 29.04.2011, p. 26). Y se decide también la concesión por la Unión de ayuda financiera a Irlanda (DOUE L 30, 4.02.2011, p. 34). El Banco Central Europeo también decide sobre medidas temporales relativas a la admisibilidad de los instrumentos de renta fija negociables emitidos o garantizados por el Estado irlandés (DOUE L 94, 8.04.2011, p. 33).

Y se modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro (DOUE L 91, 6.04.2011, p. 1).

El régimen del Euro también es objeto de regulación, así el acuerdo entre el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados

miembros que no forman parte de la zona del euro por el que se modifica el Acuerdo de 16 de marzo de 2006 entre el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros que no forman parte de la zona del euro por el que se establecen los procedimientos de funcionamiento del mecanismo de tipos de cambio de la tercera fase de la unión económica y monetaria (DOUE C 5, 8.01.2011, p. 3). Y las decisiones sobre la distribución provisional de los ingresos del Banco Central Europeo procedentes de los billetes en euros en circulación y de los valores adquiridos conforme al programa para mercados de valores (DOUE L 6, 11.01.2011, p. 35), sobre la asignación de los ingresos monetarios de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro (DOUE L 35, 9.02.2011, p. 17), y sobre la emisión de billetes de banco denominados en euros (DOUE L 35, 9.02.2011, p. 26). Igualmente la orientación por la que se modifica la Orientación BCE/2004/18 sobre la adquisición de billetes en euros (DOUE L 86, 1.04.2011, p. 77).

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Las Relaciones Exteriores, como la Cooperación al Desarrollo, se suelen llevar a cabo, principalmente, mediante la celebración de Tratados internacionales con otros Estados y otros sujetos de Derecho Internacional. En este primer cuatrimestre de 2011 se pueden señalar, el Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldova, por otra, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y la República de Moldova sobre los principios generales para la participación de la República de Moldova en los programas de la Unión (DOUE L 14, 19.01.2011, p. 1 y 2; DOUE L 14, 19.01.2011, p. 5) y el Protocolo del Acuerdo de Colaboración y Cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y Ucrania sobre los principios generales para la participación de Ucrania en programas de la Unión (DOUE L 18, 21.01.2011, p. 1; DOUE L 18, 21.01.2011, p. 2 y 3).

En materia de solución de diferencias entre la Unión Europea y los Estados con los que tiene celebrados Tratados internacionales cabe destacar la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos que establece un mecanismo de solución de diferencias (DOUE L 27, 1.02.2011, p. 1), el Acuerdo en forma de un Protocolo entre la Unión Eu-

ropea y la República Árabe de Egipto que establece un mecanismo de solución de diferencias aplicable a las diferencias sobre 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 Árabe de Egipto, por otra (DOUE L 27, 1.02.2011, p. 2) y el Acuerdo en forma de un Protocolo entre la Unión Europea y el Reino Hachemí de Jordania que establece un mecanismo de solución de diferencias aplicable a las diferencias sobre 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 el Reino Hachemí de Jordania, por otra (DOUE L 34, 9.02.2011, p. 1).

También se decide la celebración del Acuerdo de Asociación Interino entre la Comunidad Europea, por una parte, y los Estados del Pacífico, por otra (DOUE L 60, 5.03.2011, p. 2). Y se adopta otra decisión por el Comité de embajadores ACP-CE, relativa al estatuto de Guinea Ecuatorial por lo que respecta al Acuerdo de Asociación ACP-CE revisado (DOUE L 60, 5.03.2011, p. 21).

En el marco del Acuerdo de Asociación ACP-CE, se adapta y prorroga el período de aplicación de las medidas de la Decisión 2002/148/CE por la que se dan por concluidas las consultas iniciadas con Zimbabwe con arreglo al artículo 96 del Acuerdo de Asociación ACP-CE (DOUE L 43, 17.02.2011, p. 31) y se modifica y amplía el período de aplicación de la Decisión 2007/641/CE, relativa a la conclusión de las consultas con la República de Fiyi, con arreglo al artículo 96 del Acuerdo de Asociación ACP-CE y al artículo 37 del Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo (DOUE L 93, 7.04.2011, p. 2). Por último, el Comité de Embajadores ACP-UE, decide el nombramiento de miembros del consejo de administración del Centro técnico para la cooperación agrícola y rural (CTA) (DOUE L 110, 29.04.2011, p. 35).

XII. ENERGÍA

En la Política de Energía se aprueba la celebración por la Comisión Europea, en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo Interino sobre Comercio y Asuntos Comerciales entre la Comunidad Europea, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y Turkmenistán, por otra parte, así como el Canje de Notas que modifica el Acuerdo Interino en lo que se refiere a las versiones lingüísticas auténticas (DOUE L 80, 26.03.2011, p. 1).

También se decide la modificación de la Decisión C(2008) 4617, relativa a las normas para la presentación, evaluación y selección de propuestas y la adjudicación de financiación para acciones indirectas en virtud del Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de Acciones de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Demostración (2007 a 2013) y el Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) de Acciones de Investigación y Formación en Materia Nuclear (2007 a 2011) (DOUE L 75, 22.03.2011, p. 1).

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En la regulación del Mercado Interior, y en relación con la normativa internacional, se modifica el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 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 46, 19.02.2011, p. 1) y se incorpora el reglamento n° 100 de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE/ONU) – Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos en relación con los requisitos específicos del grupo motopropulsor eléctrico (DOUE L 57, 2.03.2011, p. 54).

Los aspectos generales del mercado interior también presentan novedades normativas y orientativas, como el Documento de orientación para la preparación de una solicitud de autorización de la Comisión Europea. 2011/C 28/01, cuyo objetivo es asegurar el buen funcionamiento del mercado interior al tiempo que se garantiza que los riesgos derivados de sustancias altamente preocupantes estén adecuadamente controlados y que dichas sustancias sean progresivamente sustituidas, en último término, por sustancias o tecnologías alternativas adecuadas cuando estas sean económica y técnicamente viables. A este fin, todos los fabricantes, importadores y usuarios intermedios que solicitan autorizaciones analizarán la disponibilidad de alternativas y considerarán los riesgos, así como la viabilidad técnica y económica de la sustitución (DOUE C 28, 28.01.2011, p. 1).

En esos ámbitos se ha adoptado una directiva por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOUE L 48, 23.02.2011, p. 1) y una decisión por la que se establecen los requisitos mínimos para el tratamiento transfronterizo de los documentos firmados electrónicamente por las autoridades competentes en virtud de la Directiva

2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L 53, 26.02.2011, p. 66).

En lo que se refiere a la protección de la salud humana y animal se adopta normativa sobre materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con alimentos (DOUE L 12, 15.01.2011, p. 1), se modifica el Reglamento (UE) n° 10/2011 por lo que respecta a la restricción del uso de bisfenol A en biberones de plástico para lactantes (DOUE L 87, 2.04.2011, p. 1) y se adopta una directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DOUE L 88, 4.04.2011, p. 45).

Los ámbitos de la salud alimentaria y seguridad también contienen novedades en este cuatrimestre y así se adopta un reglamento por el que se establecen medidas de ejecución del Sistema de Alerta Rápida para los Productos Alimenticios y los Alimentos para Animales (DOUE L 6, 11.01.2011, p. 7). Se adoptan medidas de ejecución del Reglamento (CE) n° 1331/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un procedimiento de autorización común para los aditivos, las enzimas y los aromas alimentarios (DOUE L 64, 11.03.2011, p. 15). También se modifican la Directiva 2008/128/CE por la que se establecen criterios específicos de pureza en relación con los colorantes utilizados en los productos alimenticios (DOUE L 13, 18.01.2011, p. 59) y la Directiva 2002/72/CE por lo que se refiere a la restricción del uso de bisfenol A en biberones de plástico para lactantes (DOUE L 26, 29.01.2011, p. 11). Igualmente se modifica el Reglamento (CE) n° 1881/2006, por el que se fija el contenido máximo de determinados contaminantes en los productos alimenticios (DOUE L 111, 30.04.2011, p. 3) y se establecen condiciones específicas y procedimientos detallados para la importación de artículos plásticos de poliamida y melamina para la cocina originarios o procedentes de la República Popular China y de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, China (DOUE L 77, 23.03.2011, p. 25).

En cuanto a etiquetación y presentación productos, se modifica el Reglamento (CE) n° 1222/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los métodos de ensayo de la adherencia en superficie mojada para los neumáticos C1 (DOUE L 62, 9.03.2011, p. 1) y también se modifica, a efectos de su adaptación al progreso técnico y científico, el Reglamento (CE) n° 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (DOUE L 83, 30.03.2011, p. 1).

El sector de los obstáculos técnicos a los intercambios, como siempre, suele ser objeto de más numerosa normativa comunitaria y como también

suele ser habitual en el ámbito de la armonización normativa en relación con la realización del mercado interior, se adoptan reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE/ONU), sobre materias variadas, así, sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de los vehículos en lo que concierne a los anclajes de los cinturones de seguridad, los sistemas de anclajes ISOFIX y los anclajes superiores ISOFIX (DOUE L 109, 28.04.2011, p. 1), sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de vehículos en relación con la prevención de los riesgos de incendio (DOUE L 109, 28.04.2011, p. 55); sobre disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos de grandes dimensiones para el transporte de pasajeros por lo que respecta a la resistencia de su superestructura (DOUE L 84, 30.03.2011, p. 1); y sobre disposiciones uniformes relativas a la homologación de neumáticos para motocicletas y ciclomotores (DOUE L 84, 30.03.2011, p. 46).

También se adopta normativa sobre los requisitos de homologación de tipo en lo referente a la placa reglamentaria del fabricante y al número de bastidor de los vehículos de motor y sus remolques, y se aplica el Reglamento (CE) n° 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 8, 12.01.2011, p.1). Asimismo, se aplica el Reglamento (CE) n° 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo con respecto a los requisitos de homologación de tipo para determinadas categorías de vehículos de motor y sus remolques en relación con los sistemas antiproyección (DOUE L 34, 9.02.2011, p. 2) y se modifican los anexos IV y VI de la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se crea un 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 53, 26.02.2011, p. 4).

Se adopta un reglamento por el que se establecen condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción y se deroga la importante directiva 89/106/CEE del Consejo (DOUE L 88, 4.04.2011, p. 5). También se derogan las Directivas 71/317/CEE, 71/347/CEE, 71/349/CEE, 74/148/CEE, 75/33/CEE, 76/765/CEE, 76/766/CEE y 86/217/CEE del Consejo, relativas a la metrología (DOUE L 71, 18.03.2011, p. 1) Se modifica el Reglamento (CE) n° 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, con respecto a la inclusión de determinados Reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, sobre la homologación de los vehículos de motor, sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados (DOUE L 108, 28.04.2011, p. 13).

Y se adoptan tres decisiones, la primera modifica la Decisión 97/556/CE, relativa al procedimiento de certificación de la conformidad de productos de construcción con arreglo al artículo 20, apartado 2, de la Directiva 89/106/CEE del Consejo en lo que concierne a los sistemas y kits compuestos para el aislamiento térmico exterior con revoco (DOUE L 10, 14.01.2011, p. 5), la segunda modifica la Decisión 2000/367/CE, que establece un sistema de clasificación de las propiedades de resistencia al fuego de los productos de construcción, las obras de construcción y los elementos de los mismos (DOUE L 97, 12.04.2011, p. 49) y la tercera modifica la Decisión 1999/93/CE, relativa al procedimiento de certificación de la conformidad de productos de construcción con arreglo al apartado 2 del artículo 20 de la Directiva 89/106/CEE del Consejo en lo que concierne a las puertas, las ventanas, los postigos, las persianas, las cancelas y sus herrajes (DOUE L 103, 19.04.2011, p. 114).

En el ámbito de la seguridad de los productos se modifican diversos aspectos del Reglamento (CE) n° 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 44, 18.02.2011, p. 2; DOUE L 69, 16.03.2011, p. 3; DOUE L 69, 16.03.2011, p. 7; DOUE L 58, 3.03.2011, p. 27; DOUE L 101, 15.04.2011, p. 12) y también el anexo VII del Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) n° 180/2008 y (CE) n° 737/2008 de la Comisión en lo que respecta a las listas y los nombres de los laboratorios de referencia de la UE (DOUE L 58, 3.03.2011, p. 29).

Se adoptan dos decisiones, en una se prolonga la validez de la Decisión 2006/502/CE, por la que 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 76, 22.03.2011, p. 99) y la otra relativa la adecuación de la norma EN 14682:2007 sobre cordones y cuerdas ajustables en ropa infantil a la obligación general de seguridad establecida en la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la publicación de la referencia de la norma en el Diario Oficial (DOUE L 82, 30.03.2011, p. 8).

Por último, también se adopta una decisión sobre los miembros del Grupo consultivo de la cadena alimentaria y de la sanidad animal y vegetal creado por la Decisión 2004/613/CE (DOUE L 101, 15.04.2011, p. 126).

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En Redes Transeuropeas se adopta una decisión de ejecución de la Comisión, de 18 de abril de 2011, por la que se modifica la Decisión 2009/766/CE relativa a la armonización de las bandas de frecuencias de 900 MHz y 1800 MHz para los sistemas terrenales capaces de prestar servicios paneuropeos de comunicaciones electrónicas en la Comunidad (DOUE L 106, 27.04.2011, p. 9).

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

Dentro de la Política Medioambiental y en materia de residuos, se modifica el anexo II de la Directiva 2000/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los vehículos al final de su vida útil (DOUE L 85, 31.03.2011, p. 3) y se adopta un reglamento por el que se establecen criterios para determinar cuándo determinados tipos de chatarra dejan de ser residuos con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 94, 8.04.2011, p. 2).

También las emisiones de gases son objeto de regulación, y así se adoptan dos reglamentos, uno por el que se establecen normas detalladas para la solicitud de una excepción a los objetivos específicos de emisión de CO₂, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento (CE) n° 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 23, 27.01.2011, p. 16) y otro sobre los usos esenciales con fines de laboratorio y análisis en la Unión de sustancias reguladas distintas de los hidroclorofluorocarburos de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono (DOUE L 79, 25.03.2011, p. 4); y dos decisiones, la primera relativa a determinado tipo de información sobre los biocarburantes y los biolíquidos que los agentes económicos deben presentar a los Estados miembros (DOUE L 9, 13.01.2011, p. 11) y la segunda sobre las emisiones históricas del sector de la aviación, con arreglo al artículo 3 quater, apartado 4, de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad (DOUE L 61, 8.03.2011, p. 42).

El diseño y etiquetado de productos tienen aspectos medioambientales que son regulados mediante un reglamento por el que se aplica la Directiva

2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos de diseño ecológico para los ventiladores de motor con una potencia eléctrica de entrada comprendida entre 125 W y 500 kW (DOUE L 90, 6.04.2011, p. 8) y tres decisiones, la primera modifica las Decisiones 2002/741/CE, 2002/747/CE, 2003/31/CE, 2003/200/CE, 2005/341/CE y 2005/343/CE con objeto de prorrogar la vigencia de los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a determinados productos (DOUE L 31, 5.02.2011, p. 50); la segunda establece los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los detergentes para lavavajillas (DOUE L 111, 30.04.2011, p. 22) y la tercera establece los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los detergentes para ropa (DOUE L 111, 30.04.2011, p. 34).

Se procede dentro de esta política a la protección de determinados espacios y así se adoptan decisiones mediante las que de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, se adopta una cuarta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica alpina (DOUE L 33, 8.02.2011, p. 1), una cuarta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica atlántica (DOUE L 33, 8.02.2011, p. 52), una cuarta lista actualizada de importancia comunitaria de la región biogeográfica continental (DOUE L 33, 8.02.2011, p. 146), una cuarta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica boreal (DOUE L 40, 12.02.2011, p. 1), una cuarta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea (DOUE L 40, 12.02.2011, p. 206), una segunda lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica panónica (DOUE L 40, 12.02.2011, p. 300).

En Política de Protección de Consumidores la Comisión adoptará una recomendación sobre directrices para la aplicación de las normas de protección de datos en el Sistema de Cooperación para la Protección del Consumidor (CPCS) (DOUE L 57, 2.03.2011, p. 44).

En materia de protección de la salud, se modifican el Reglamento (CE) n° 2074/2005 en lo relativo a los métodos de análisis reconocidos para la detección de biotoxinas marinas en moluscos bivalvos vivos (DOUE L 6, 11.01.2011, p. 3), el anexo III del Reglamento (CE) n° 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la caza de cría y la caza silvestre y a la carne de caza de cría y de caza silvestre (DOUE L 46, 19.02.2011, p. 14) y el anexo I del Reglamento (CE) n° 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la caza de cría (DOUE L 46, 19.02.2011,

p. 17). También se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1069/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano, y la Directiva 97/78/CE del Consejo en cuanto a determinadas muestras y unidades exentas de los controles veterinarios en la frontera en virtud de la misma (DOUE L 54, 26.02.2011, p. 1).

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

En Política de Información se adopta una decisión relativa a la posición de la Unión Europea en el Comité Mixto UE–Suiza instituido en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza en el ámbito audiovisual, por el que se establecen las condiciones para la participación de la Confederación Suiza en el programa comunitario MEDIA 2007, por lo que se refiere a una decisión del Comité (DOUE L 53, 26.02.2011, p. 1; DOUE L 81, 29.03.2011, p. 16).

En esta misma política, y en relación con las estadísticas, se modifican los anexos del Reglamento (CE) n° 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS) (DOUE L 13, 18.01.2011, p. 3). También se adopta normativa en esta materia, relativa a la producción y al desarrollo de estadísticas sobre educación y aprendizaje permanente, por lo que se refiere a las estadísticas relativas a los sistemas de educación y formación (DOUE L 29, 3.02.2011, p. 5), sobre las especificaciones del módulo ad hoc de 2012 sobre la transición de la vida laboral a la jubilación previsto en el Reglamento (CE) n° 577/98 del Consejo (DOUE L 67, 15.03.2011, p. 18); sobre la transmisión de datos confidenciales de conformidad con el marco común para los registros de empresas utilizados con fines a efectos estadísticos (BCE/2010/33) (DOUE L 6, 11.01.2011, p. 37).

Asimismo, se aplica el Reglamento (CE) n° 458/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el Sistema Europeo de Estadísticas Integradas de Protección Social (Seepros), en lo relativo a los formatos apropiados para la transmisión de los datos, los resultados que se han de transmitir y los criterios de medición de la calidad para el módulo sobre prestaciones netas de protección social (DOUE L 34, 9.02.2011, p. 29; DOUE L 71, 18.03.2011, p. 4) y se aplica el Reglamento (CE) n° 1445/2007 del Parlamento Europeo y del Con-

sejo en lo que respecta al sistema de control de calidad aplicado a las paridades de poder adquisitivo (DOUE L 56, 1.03.2011, p. 1). También se aplica el Reglamento (CE) n° 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre estadísticas comunitarias de salud pública y de salud y seguridad en el trabajo, por lo que se refiere a las estadísticas sobre las causas de la muerte (DOUE L 90, 6.04.2011, p. 22) y el Reglamento (CE) n° 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre estadísticas comunitarias de salud pública y de salud y seguridad en el trabajo, por lo que se refiere a las estadísticas sobre los accidentes de trabajo (DOUE L 97, 12.04.2011, p. 3). Y se crea el Consorcio de Infraestructuras de Investigación Europeas para la Encuesta de Salud, Envejecimiento y Jubilación en Europa (SHARE-ERIC) (DOUE L 71, 18.03.2011, p. 20).

En materia de estadísticas, finalmente también se aplica el Reglamento (CE) n° 1185/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas de plaguicidas, en lo referente al formato de transmisión (DOUE L 108, 28.04.2011, p. 21).

En Política de Juventud, se decide la celebración del 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 32, 8.02.2011, p. 1).

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En materia de Política Científica y Tecnológica, se renueva el Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y Ucrania (DOUE L 79, 25.03.2011, p. 3). Se celebran, además, el Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Japón (DOUE L 90, 6.04.2011, p. 1 y 2) y el Acuerdo de cooperación científica y técnica entre la Unión Europea y el Gobierno de las Islas Feroe, por el que se asocia a las Islas Feroe al Séptimo Programa Marco de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Demostración de la Unión Europea (2007–2013) (DOUE L 93, 7.04.2011, p. 1).

Se modifican la Decisión 2007/134/CE por la que se establece el Consejo Europeo de Investigación (DOUE L 9, 13.01.2011, p. 5) y la Decisión C(2008) 4617, relativa a las normas para la presentación, evaluación y selec-

ción de propuestas y la adjudicación de financiación para acciones indirectas en virtud del Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de Acciones de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Demostración (2007 a 2013) y el Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) de Acciones de Investigación y Formación en Materia Nuclear (2007 a 2011) (DOUE L 75, 22.03.2011, p. 1). También se modifica el Reglamento (UE) n° 1089/2010 por el que se aplica la Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la interoperabilidad de los conjuntos y los servicios de datos espaciales (DOUE L 31, 5.02.2011, p. 13).

En el ámbito de la Propiedad Intelectual e Industrial, como se ha señalado, se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria en la que participan 25 Estados miembros de la UE, todos menos España e Italia (DOUE L 76, 22.03.2011, p. 53).

En esta materia también se decide la firma del Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza sobre la protección de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas de los productos agrícolas y alimenticios, que modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas (DOUE L 25, 28.01.2011, p. 3).

Dentro también de la protección a la propiedad intelectual e industrial, en aplicación de la normativa comunitaria, se inscriben o modifican diversas denominaciones españolas en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas. Así, Cerezas de la Montaña de Alicante (IGP) (DOUE L 32, 8.02.2011, p. 3), Chosco de Tineo (IGP), un embutido a base de cerdo (DOUE L 46, 19.02.2011, p. 21), y Pera de Lleida (DOP) (DOUE L 66, 12.03.2011, p. 21).

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

Como ya se señalado anteriormente, en esta materia se adopta la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DOUE L 110, 29.04.2011, p. 1) y una decisión sobre la equivalencia de los sistemas de supervisión pública, control de calidad, investigación y sanciones que aplican algunos terceros países a los auditores y sociedades de auditoría y sobre un período transitorio autorizado para las actividades de auditoría en la Unión Europea de los audi-

tores y sociedades de auditoría de ciertos terceros países (DOUE L 15, 20.01.2011, p. 12).

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En materia de Ciudadanía de la Unión y Protección de Derechos Fundamentales, la protección de datos personales constituye una de las materias objeto de regulación. Así se adoptan dos decisiones de la Comisión, la primera de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por el Estado de Israel en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales (DOUE L 27, 1.02.2011, p. 39) y la segunda, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuación del grado de protección que ofrece Japón en lo que atañe a los datos personales transferidos desde la Unión Europea en el supuesto específico de transferencia efectuada por la Comisión Europea a las autoridades aduaneras japonesas con arreglo a la Decisión n° 1/2010 del Comité mixto de cooperación aduanera, en virtud del artículo 21 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Japón sobre cooperación y asistencia administrativa mutua en materia aduanera sobre el reconocimiento mutuo de los regímenes de operador económico autorizado en la Unión Europea y en Japón a los fines únicos y específicos de esa Decisión n° 1/2010 del Comité mixto de cooperación aduanera (DOUE L 85, 31.03.2011, p. 8).

Y como se ha señalado en el primer apartado, en aplicación del Tratado de Lisboa, se adopta el reglamento sobre la iniciativa ciudadana, en materia de legislación en la Unión Europea. (DOUE L 65, 11.03.2011, p. 1).

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

En Política Exterior y de Seguridad Común, se celebra un Acuerdo entre la Unión Europea y Montenegro por el que se crea un marco para la participación de Montenegro en las operaciones de la Unión Europea de gestión de crisis (DOUE L 57, 2.03.2011, p. 1 y 2).

Respecto a los problemas de piratería en el Océano Índico, se nombra al Comandante de la Fuerza de la Unión Europea para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la repre-

sión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) (DOUE L 100, 14.04.2011, p. 72).

La constante colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas, en la aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad, continúa y 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 Costa de Marfil (DOUE L 11, 15.01.2011, p. 31; DOUE L 11, 15.01.2011, p. 36; DOUE L 28, 2.02.2011, p. 60; DOUE L 93, 7.04.2011, p. 20; DOUE L 97, 12.04.2011, p. 46); Iraq (DOUE L 41, 15.02.2011, p. 1) sobre el que también se modifica la Posición Común 2003/495/PESC sobre Iraq (DOUE L 41, 15.02.2011, p. 9); Zimbabwe (DOUE L 42, 16.02.2011, p. 6; DOUE L 49, 24.02.2011, p. 23), República de Guinea (DOUE L 76, 22.03.2011, p. 1; DOUE L 76, 22.03.2011, p. 59). Libia (DOUE L 58, 3.03.2011, p. 1; DOUE L 64, 11.03.2011, p. 13; DOUE L 58, 3.03.2011, p. 53; DOUE L 64, 11.03.2011, p. 29 ; DOUE L 76, 22.03.2011, p. 32; DOUE L 76, 22.03.2011, p. 95; DOUE L 78, 24.03.2011, p. 13; DOUE L 78, 24.03.2011, p. 24; DOUE L 80, 26.03.2011, p. 2; DOUE L 100, 14.04.2011, p. 12; DOUE L 100, 14.04.2011, p. 58) en relación con la cual también se adopta una decisión sobre una operación militar de la Unión Europea en apoyo de las operaciones de asistencia humanitaria como respuesta a la situación de crisis existente en Libia («EUFOR Libia») (DOUE L 89, 5.04.2011, p. 17).

Las medidas restrictivas también se adoptan en vista de la situación existente en Bosnia y Herzegovina (DOUE L 76, 22.03.2011, p. 68) y se renuevan y se refuerzan las medidas restrictivas aplicables a Birmania/Myanmar (DOUE L 101, 15.04.2011, p. 24; DOUE L 103, 19.04.2011, p. 8).

La aplicación de las Resoluciones de Naciones Unidas, lleva también a establecer medidas restrictivas a otras entidades, grupos terroristas y personas implicadas en actividades contrarias a la protección de las libertades fundamentales y derechos humanos, y así se imponen algunas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Costa de Marfil (DOUE L 11, 15.01.2011, p. 1; DOUE L 97, 12.04.2011, p. 1; DOUE L 111, 30.04.2011, p. 1; DOUE L 111, 30.04.2011, p. 17; DOUE L 28, 2.02.2011, p. 32; DOUE L 93, 7.04.2011, p. 10), contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Túnez (DOUE L 28, 2.02.2011, p. 62; DOUE L 31, 5.02.2011, p. 1; DOUE L 31, 5.02.2011, p. 40), contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Egipto (DOUE L 76, 22.03.2011,

p. 4; DOUE L 76, 22.03.2011, p. 63) y en Irán (DOUE L 100, 14.04.2011, p. 1; DOUE L 100, 14.04.2011, p. 51).

Se siguen modificando las medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin (todavía no fallecido), la red Al-Qaida y los talibanes (DOUE L 14, 19.01.2011, p. 11; DOUE L 30, 4.02.2011, p. 29; DOUE L 70, 17.03.2011, p. 33; DOUE L 86, 1.04.2011, p. 63) y también contra el Presidente Lukashenko y determinados funcionarios de Belarús (DOUE L 28, 2.02.2011, p. 17; DOUE L 76, 22.03.2011, p. 13) y contra determinados funcionarios de Belarús (DOUE L 28, 2.02.2011, p. 40; DOUE L 76, 22.03.2011, p. 72); así como contra los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova (DOUE L 76, 22.03.2011, p. 62).

También se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 2580/2001 sobre 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) n° 610/2010 (DOUE L 28, 2.02.2011, p. 14). Igualmente 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 28, 2.02.2011, p. 57).

En relación con el Tribunal Penal Internacional, se modifica la Decisión 2010/145/PESC por la que se renuevan las medidas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) (DOUE L 61, 8.03.2011, p. 21) y se adopta una decisión relativa a la Corte Penal Internacional y por la que se deroga la Posición Común 2003/444/PESC (DOUE L 76, 22.03.2011, p. 56).

Por último, y en relación con las Misiones de la UE se modifica la Decisión 2010/330/PESC, sobre la Misión Integrada de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Iraq, EUJUST LEX-IRAQ (DOUE L 76, 22.03.2011, p. 61).

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

El desarrollo de la normativa de la Unión Europea en materia del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia suele requerir la celebración de Tratados internacionales para conseguir sus objetivos. Así se procede a la firma, en

nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Croacia sobre la participación de la República de Croacia en los trabajos del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (DOUE L 26, 29.01.2011, p. 1).

En materia de visados para nacionales de Estados terceros, se celebra un Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 52, 25.02.2011, p. 33 y 34) y un Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes diplomáticos, de servicio u oficiales (DOUE L 66, 12.03.2011, p. 1 y 2).

En relación con la inmigración ilegal también se celebra un Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal (DOUE L 52, 25.02.2011, p. 45 y 47).

Los problemas derivados de la inmigración, especialmente en los casos de la inmigración ilegal, también son objeto de normativa de la Unión Europea, intentando dar solución a algunos de estos problemas. En este sentido se adoptarán una serie de decisiones, como las que modifican la Decisión 2008/456/CE y la Decisión 2008/458/CE, por las que se establecen las normas de aplicación de la Decisión n° 574/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece el Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007 a 2013 como parte 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 (DOUE L 61, 8.03.2011, p. 28; DOUE L 77, 23.03.2011, p. 32). También la que modifica la Decisión 2008/457/CE por la que se establecen las normas de aplicación de la Decisión 2007/435/CE del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el período 2007 a 2013 como parte 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 admisibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo (DOUE L 62, 9.03.2011, p. 32).

Los Refugiados también necesitan atención, y se modifica la Decisión 2008/22/CE que establece las normas de aplicación de la Decisión n° 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008–2013 como parte

del Programa general Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios, en lo que respecta a los sistemas de gestión y control de los Estados miembros, las normas sobre la gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo (DOUE L 62, 9.03.2011, p. 46).

En los ámbitos referidos a la justicia también hay una decisión relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia (DOUE L 93, 7.04.2011, p. 9). Y se pueden señalar las conclusiones del Consejo en las que se promueve la creación de un identificador europeo de jurisprudencia (ECLI) y la definición de un conjunto mínimo de metadatos uniformes de jurisprudencia (DOUE C 127, 29.04.2011, p. 1).

Por último, en la lucha contra la delincuencia, se encuentra la directiva relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE L 101, 15.04.2011, p. 1). Comienza así la sustitución de las decisiones-marco, desaparecidas como categoría normativa de la Unión Europea a partir de la entrada en vigor en diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, en este caso por el acto que más se le parecía y que se mantiene en el nuevo Tratado, las directivas.

Disposiciones generales de la Comunidad Autónoma andaluza*

Decreto 9/2011, de 18 de enero, por el que se modifican diversas normas reguladoras de Procedimientos Administrativos de Industria y Energía (BOJA núm. 22, de 2 de febrero).

Esta disposición forma parte del proceso de adecuación de la legislación autonómica a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, en materia de supresión de trabas al establecimiento y la prestación de servicios. Asimismo se enmarca en los objetivos fijados por el Plan de Simplificación de Procedimientos Administrativos y Agilización de Trámites que la Junta de Andalucía aprobó en 2009, al tiempo que pretende implantar la tramitación telemática de los procedimientos administrativos relativos a la instalación y puesta en funcionamiento de establecimientos e instalaciones industriales en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Entre las medidas tendentes a la supresión de trabas, el Decreto elimina el plazo de 20 días para la puesta en servicio de la mayoría de las instalaciones industriales y energéticas. A tal fin se modifica el Decreto 59/2005, de 1 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de los establecimientos industriales, así como el control, responsabilidad y régimen sancionador de los mismos, permitiendo la tramitación telemática de los procedimientos administrativos de instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de instalaciones y establecimientos industriales y modificando el régimen procedimental del capítulo tercero del citado Decreto, optando por su simplificación mediante la eliminación del citado plazo de veinte días que establece el art. 5.5.b) para la puesta en funcionamiento de los establecimientos e instalaciones originalmente no contemplados en el Anexo del Decreto, estableciendo un sistema de comunicación como único trámite para la totalidad de establecimientos e instalaciones contempladas dentro del denominado Grupo II.

* Sección elaborada por Juan Antonio CARRILLO DONAIRE. Comprende las leyes, disposiciones generales con rango de Ley y las disposiciones administrativas más importantes aprobadas por la Junta de Andalucía en el primer cuatrimestre de 2011 (enero-abril).

Asimismo elimina el trámite de información pública para autorizar instalaciones de distribución eléctrica y gasista de menor entidad (de “tercera categoría”), siempre y cuando no tengan incidencia urbanística, medioambiental o sobre propiedades privadas. La medida afecta a los proyectos relativos a líneas subterráneas de distribución eléctrica, centros de transformación ubicados en suelos urbanos o urbanizables y extensiones de redes de distribución de combustibles gaseosos. En este último caso también se suprime la anterior exigencia de constituir una garantía por el 2% del presupuesto.

Entre las medidas de simplificación aprobadas destaca también la supresión de la etiqueta identificativa prevista en el Reglamento del Suministro Domiciliario de Agua (art. 39 del Decreto 120/1991), lo que permitirá eliminar retrasos en las entregas de los contadores y costes adicionales que repercuten negativamente en el servicio sin aportar valor añadido alguno.

Finalmente, y en relación con la energía fotovoltaica, se elimina la obligación de depositar avales para las instalaciones sobre cubiertas y de presentar el contrato de suministro de los paneles al inicio de la tramitación que contemplaba el Decreto 50/2008, de 19 de febrero, por el que se regulan los procedimientos administrativos referidos a las instalaciones de energía solar fotovoltaica emplazadas en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Decreto 15/2011, de 1 de febrero, por el que se establece el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales y se aprueban medidas de agilización de procedimientos administrativos (BOJA núm. 30, de 11 de febrero).

El Decreto persigue homogeneizar el régimen de gestión de los parques naturales andaluces salvaguardando las singularidades recogidas en los vigentes planes de ordenación de los recursos naturales y de uso y gestión de cada parque natural.

Las disposiciones de aplicación general a los parques naturales que se regulan en este Decreto tienen a todos los efectos la consideración de normas de ordenación de los recursos naturales de las previstas en el artículo 1.2 de la Ley 2/1989, de 18 de julio. El contenido de estas normas de ordenación de los recursos naturales se integra con el de cada uno de los planes de ordenación de los recursos naturales de los parques naturales de Andalucía que lo tienen aprobado.

Así pues, la planificación de la ordenación de los recursos naturales de los parques naturales de Andalucía queda integrada, por una parte, por las nor-

mas generales que se contienen en este Decreto y, por otra, por el contenido al que se refiere el artículo 19 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, incluido en los distintos planes de ordenación de los recursos naturales de los parques naturales andaluces.

Con el objetivo de adecuar el contenido de los planes de ordenación de los recursos naturales de los parques naturales aprobados hasta la fecha, al régimen de planificación regulado en este Decreto, la disposición adicional segunda establece la necesidad de que en el plazo de tres años se revise su contenido.

En el contexto de adecuación de la legislación de servicios que enmarcan las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicio y 3/2010, de 21 de mayo, de transposición de la Directiva 2006/123/CE de servicios, y de acuerdo asimismo con los objetivos de la Ley 1/2008, de 27 de noviembre, de medidas tributarias y financieras de impulso a la actividad económica de Andalucía y de agilización de procedimientos administrativos, el Decreto incorpora medidas de simplificación administrativa consistentes en suprimir trámites, acortar los tiempos de respuesta y establecer el silencio administrativo positivo como norma general en caso de no resolver dentro de los plazos establecidos. Entre otras novedades, se incorporan procedimientos abreviados de 15 días para las autorizaciones de seis grandes bloques de actividades que anteriormente requerían trámites de dos meses. Se trata de los eventos deportivos de pesca marítima recreativa, los tratamientos fitosanitarios aéreos en terrenos forestales, las actividades de ocio y deporte de naturaleza en caminos, pistas forestales y espacios con limitación de acceso (cicloturismo y senderismo entre ellas), las acampadas nocturnas y vivaqueos vinculados a travesía de montaña, la filmación, fotografía y grabación con uso de equipos auxiliares, y las actividades de ocio y deporte fuera de los lugares designados previamente para ellas en cada parque natural.

Junto con estos procedimientos abreviados, el decreto fija también otro conjunto de actividades para las que no se exigen autorizaciones sino únicamente comunicaciones previas. En todos los casos, la Consejería de Medio Ambiente pondrá a disposición de los ciudadanos una herramienta informática específica de tramitación electrónica, cuya creación también se recoge en la norma. No obstante, se mantiene la obligación de autorización previa para los proyectos urbanísticos, con la excepción de pequeñas obras de instalaciones de servicio y rehabilitación o reforma que no alteren el volumen edificado ni las características externas y no requieran de proyecto técnico. En este caso bastará con la comunicación previa.

De las disposiciones finales, destaca la modificación del Reglamento Forestal de Andalucía, aprobado por Decreto 208/1997, de 9 de septiembre, incluyendo previsiones sobre régimen de autorización y comunicaciones previas, participando esta modificación de los mismos principios de agilización de trámites que inspiran este Decreto. De esta forma, se da cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 64.1 de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, según la redacción dada por la Disposición final cuarta de la Ley 1/2008 de 27 de noviembre, en virtud de la cual reglamentariamente se podrán excepcionar del régimen de autorización aquellos usos y aprovechamientos que no pongan en peligro la conservación y funcionalidad de los recursos y terrenos forestales, estableciendo en cada caso las condiciones en que podrán realizarse.

Los Parques Naturales andaluces comprenden un área total de influencia socioeconómica de 3,5 millones de hectáreas (el 40% de la superficie regional), en las que se ubican 238 municipios y 2,7 millones de habitantes (el 36% de la población andaluza).

Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía (BOJA núm. 36, de 21 de febrero).

Se recordará que el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, puso en marcha una reordenación del sector público andaluz extraordinariamente polémica. La norma se situaba en línea con el objetivo de rebajar el déficit autonómico adelgazando el sector público andaluz y de racionalizar la Administración autonómica, titular de un sector público muy inflacionado (con tres centenares de entidades vinculadas o dependientes de la Administración de la Junta antes de la reforma). El Decreto-Ley se acompañaba de un Acuerdo del Consejo de Gobierno, de la misma fecha, que explicaba dicha reordenación en torno a tres ejes: a) la reducción del número de entidades instrumentales de la Administración autonómica mediante operaciones de integración, fusión, absorción y extinción; b) la simplificación de la estructura periférica de la Administración instrumental; y c) la mejora de gestión de la información, de los recursos humanos y a la gestión económico-financiera del sector público. El Decreto-Ley plasmaba estos objetivos en torno a una “agencialización” generalizada de muchos organismos y entidades que se concentraban o refundían, en no pocos casos, en torno a una nueva Agencia pública empresarial, que emergía como ente instrumental prácticamente único en algunas Consejerías. La medida provocaba un trasvase de personal en una doble dirección: funcionarios que pasan a las nuevas Agencias y laborales adscritos a entidades y empresas que se extinguen que pasan también a la Agencia.

La reacción ante el Decreto-Ley 5/2010 fue tan intensa como el alcance de la propia reforma que se proponía. Todos los sindicatos y una gran mayoría del funcionariado andaluz rechazaron de inicio la norma, considerándola contraria al estatuto básico del empleado público. De un lado, los funcionarios temen su laboralización o su adscripción funcional a una Agencia; 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 sumaron al recurso de inconstitucionalidad deducido por el PP andaluz contra el Decreto-Ley (recurso núm. 7686-2010, admitido a trámite por providencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre). Anteriormente, el sindicato CSI-CSIF interpuso 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 al que antes aludimos, lo que fue secundado por otros sindicatos minoritarios.

La presión sindical y el conflicto laboral desatado por los funcionarios forzó que a finales de 2010 la Junta de Andalucía negociase la reforma del que ya se conocía popularmente como “el decretazo”. La reforma se pactó con los dos sindicatos mayoritarios de la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía, UGT y CCOO, pero contó con la oposición de los minoritarios y un sector importante del funcionariado, que siguieron pidiendo la retirada de la medida. Fruto de las mencionadas negociaciones es el Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del Decreto-Ley 5/2010, que en el momento de su convalidación parlamentaria a finales de año inició su tramitación como proyecto de Ley y que, al cabo, ha dado lugar a la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero.

La pretensión principal del Decreto-Ley 6/2010 y de la Ley 1/2011 que surge de su tramitación parlamentaria como proyecto de Ley es precisar el régimen de integración del personal, tanto funcionario como laboral, en las Agencias públicas empresariales y de régimen especial intentando paliar los miedos sindicales antes apuntados. Respecto a los funcionarios, la norma subraya el carácter voluntario de su incorporación y garantiza la aplicación del Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía. En el caso de que se integren como personal laboral, quedarían en la situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público andaluz. De reingresar al servicio activo, les será reconoci-

do el trabajo desarrollado en las Agencias para los concursos de méritos y también a efectos de reconocimiento de trienios. De igual modo, la reforma garantiza la voluntariedad de la integración del personal laboral de la Administración General en las Agencias. Por su parte, el personal laboral de las entidades instrumentales que se extinguen o transforman se integrará en las nuevas agencias resultantes de estos procesos. Para adquirir, en su caso, la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General, estos trabajadores deben participar en las pruebas selectivas de acceso libre que se convoquen. En cuanto a la Agencia Andaluza del Agua, extinguida como consecuencia del Decreto-Ley de julio (por absorción de Egmasa), se prevé que sus empleados –uno de los colectivos más batalladores contra el “Decretazo”– se integren en la estructura de la Consejería de Medio Ambiente.

Decreto 66/2011, de 29 de marzo, por el que se asignan las funciones, medios y servicios traspasados por la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación y gestión del litoral (BOJA núm. 65, de 1 de abril).

Mediante Real Decreto 62/2011, de 21 de enero, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia ordenación y gestión del litoral (BOJA núm. 38, de 23 de febrero), se traspasaron a la Comunidad Autónoma de Andalucía las funciones y servicios relativos al litoral andaluz que hasta entonces correspondían al Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, a excepción de aquellas funciones y servicios que se reserva la Administración General del Estado o que se definen como competencias concurrentes de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por su parte, este Decreto asigna a las Consejerías de Obras Públicas y Vivienda; Agricultura y Pesca; Turismo, Comercio y Deporte, y Medio Ambiente, las funciones, medios, servicios y personal transferidos por el mencionado Real Decreto estatal.

Con este traspaso, la Junta de Andalucía se hace cargo de los medios y funciones en materia de ordenación y gestión del litoral. Asimismo se crea una Comisión de seguimiento y evaluación, adscrita a la Consejería de la Presidencia, en la que pretende articularse la participación de los agentes económicos y sociales en la ordenación y gestión del litoral. De igual modo, en las seis provincias con dominio público marítimo-terrestre. Finalmente, el Real Decreto establece la participación de la Comunidad Autónoma en la planificación y programación de las obras de interés general, así como en la gestión de las adscripciones al dominio público marítimo-terrestre para construcción, ampliación o modificación de puertos y vías de transporte de titularidad autonómica.

Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados (BOJA núm. 52, de 15 de marzo).

La norma se dicta en desarrollo de la competencia sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma y la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía (art. 47.1.1.^a del EAA) y en el marco de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público tras las reformas que sobre la misma ha operado la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de transposición de la Directiva 2007/66/CE, que regula el régimen de recursos en la tramitación de los procedimientos de selección.

El Decreto designa los órganos competentes en el ejercicio de las funciones reguladas por la Ley estatal de Contratos del Sector Público, donde se tiene muy en cuenta el resultado de la reordenación del sector público andaluz (ley 1/2011, ya comentada); el Registro de licitadores y de contratos; el régimen de homologación de obras, bienes y servicios; y los modelos de pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares. Asimismo, incorpora a la normativa de contratación administrativa de la Junta las medidas previstas en la Ley de Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía y en los planes autonómicos de prevención de riesgos laborales.

Ley 2/2011, de 25 de marzo, de Calidad Agroalimentaria y Pesquera de Andalucía (BOJA núm. 70, de 8 de abril).

El auge de las denominaciones de calidad y de la certificación en el sector agroalimentario y pesquero es patente en los últimos años. La certificación de la calidad a cargo de organismos independientes de control dedicados a la inspección, análisis y certificación de alimentos se ha convertido en un elemento decisivo de la competitividad en unos mercados agroalimentarios y pesqueros cada vez más globalizados y exigentes, con una distribución muy concentrada y una Política Agraria Común menos intervencionista. Por otra parte, las recurrentes “crisis alimentarias” hacen que los consumidores exijan mayores garantías de calidad. El mayor conocimiento y concienciación alimentaria del consumidor hace que éste demande cada vez más productos con características diferenciales; producidos, además, con el menor impacto medioambiental posible.

Consciente de esta clara orientación del mercado, esta Ley regula las actuaciones de los organismos que realizan controles específicos de la calidad incluyendo en ellos la toma de muestras, así como las de los laboratorios que participan en la obtención de los resultados que servirán para la caracterización, clasificación y evaluación de los productos, asignación de calidades y valoración del cumplimiento de los pliegos de condiciones para la certificación. Por otra parte, establece determinaciones de trazabilidad y gestión de calidad, que constituyen una herramienta fundamental en el seguimiento y localización de las diferentes partidas, a la vez que permiten a los operadores demostrar las declaraciones que, referidas a las características de sus productos, puedan realizar en su etiquetado. La Ley también se ocupa del ámbito de la calidad comercial, definiendo los requisitos que deben cumplir por los diferentes operadores y ampliando las actividades de control hasta abarcar a los propios organismos independientes de control que intervienen en el reconocimiento de la calidad.

La Ley se estructura en seis títulos. En el Título I, dedicado a las disposiciones generales, se establece el objeto y su ámbito de aplicación.

El Título II se refiere al aseguramiento de la calidad comercial agroalimentaria y pesquera, estableciendo los principios y mecanismos que permiten garantizar la conformidad de los productos y un marco de competencia leal entre los operadores del sector.

En el Título III, dedicado a la calidad diferenciada, se definen las denominaciones de calidad protegidas por la Ley y las marcas de titularidad pública, al tiempo que se establece el procedimiento para su reconocimiento y registro, así como la estructura, funciones y financiación de los Consejos reguladores de las denominaciones de origen protegidas, indicaciones geográficas protegidas e indicaciones geográficas de bebidas espirituosas, que se califican de Corporaciones de Derecho Público.

El Título IV regula la evaluación de la conformidad, que incluye la autorización, inscripción, retirada y obligaciones de los organismos de evaluación de la conformidad.

En el Título V se regula el control oficial de la calidad agroalimentaria y pesquera. Asimismo, se atribuye a los órganos de control de las denominaciones de calidad diferenciada la función administrativa de verificación del cumplimiento del pliego de condiciones, reservando a la Consejería competente en materia de agricultura y pesca las funciones de tutela y supervisión sobre el funcionamiento y adaptación a las determinaciones de la Ley.

En el VI y último Título se establece el régimen sancionador, regulando tanto las actuaciones previas y las medidas cautelares a adoptar como las infracciones y las sanciones en materia de calidad agroalimentaria y pesquera.

La Ley contiene cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, una de las cuales modifica la Ley 10/2007, de 26 de noviembre, de Protección del Origen y la Calidad de los Vinos de Andalucía a fin de adecuar la gravedad de las infracciones a la normativa de salud pública, hacer menos restrictivo el uso de marcas u otros símbolos en otros productos distintos a los protegidos, y para hacer extensivo el régimen en materia de verificación del cumplimiento del pliego de condiciones de otros productos alimentarios a los vínicos, de conformidad con lo dispuesto en la normativa comunitaria de aplicación.

Decreto 67/2011, de 5 de abril, por el que se regula el control de calidad de la construcción y obra pública (BOJA núm. 77, de 19 de abril).

El Gobierno andaluz aprobó el Decreto 13/1988, de 27 de enero, por el que se regula el control de calidad de la construcción y obra pública, con el fin de garantizar el cumplimiento de la normativa vigente en esta materia e instrumentar, por otra parte, los mecanismos necesarios para la defensa del administrado. Como desarrollo del citado Decreto fueron aprobadas diferentes disposiciones relativas a la acreditación de los laboratorios y de las entidades de control de calidad para la prestación de asistencia técnica a las obras; igualmente fue aprobado el Decreto 21/2004, de 3 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Acreditación y del Registro de las Entidades de Control de Calidad de la Construcción.

El objeto fundamental de este nuevo Decreto, que deroga los dos anteriormente citados, es regular los trámites de acreditación de los laboratorios y entidades que ejercen funciones de control de calidad de la edificación y de las obras de construcción públicas y privadas para adaptar estos procedimientos a la Directiva europea de servicios en el mercado interior. En el ámbito de la edificación de obra privada y de obra pública, los laboratorios de ensayos realizan pruebas de verificación de las estructuras de hormigón, acero y madera, obras de albañilería y viales. Para las obras de ingeniería civil, desarrollan ensayos sobre aspectos relacionados con suelos, firmes bituminosos, conglomerantes, áridos, hormigón, agua, productos metálicos, reconocimientos geotécnicos y señalización. Por su parte, las entidades de control son las encargadas de emitir los informes sobre la calidad de los proyectos, los materiales empleados y su eje-

cución y vida útil. Esta actividad incluye estudios del terreno y del estado de conservación de edificios, verificaciones del cumplimiento de la normativa, seguimientos de las prestaciones del edificio a lo largo del tiempo y supervisiones de la eficiencia energética.

Además de la supresión de los requisitos iniciales para el ejercicio de la actividad, el Decreto potencia el seguimiento *a posteriori* de la misma basado en inspecciones para comprobar la veracidad de las declaraciones. Asimismo se refuerza la calidad de los servicios prestados por estos laboratorios y entidades de control mediante la promoción de auditorías, evaluaciones técnicas e iniciativas de fomento de la certificación voluntaria por parte de las propias entidades.

El Decreto lleva a cabo una nueva regulación del registro de laboratorios y entidades y los requisitos para su inscripción. Entre estas condiciones, y junto con la declaración responsable, exigiendo a las empresas verificadoras un sistema de gestión calidad conforme a las normas UNE-EN-ISO-IEC 17025 (laboratorios) y 17020 (entidades de control), además del compromiso de garantizar la independencia, imparcialidad y confidencialidad en su labor. En todo caso, las funciones de los laboratorios y las entidades verificadoras habrán de realizarse a través del Plan de Control de Calidad preceptivo para todas las construcciones públicas y privadas en la Comunidad Autónoma andaluza.

Decreto-Ley 1/2011, de 26 de abril, por el que se modifica la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía (BOJA núm. 82, de 28 de abril).

El objetivo fundamental de este Decreto-Ley es adaptar la Ley andaluza 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro a los cambios introducidos en el régimen básico estatal por el importante Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros (cuya Disposición Transitoria Segunda daba seis meses a las Comunidades Autónomas para adaptar su régimen de Cajas al mismo), que pretendió articular el fortalecimiento de las Cajas de Ahorro y facilitar su flujo de crédito a través de la capitalización de estas entidades y de la profesionalización de su gestión mediante la reforma de sus órganos de gobierno.

Para reforzar la capitalización y facilitar el acceso a recursos financieros en iguales condiciones que el resto de las entidades de crédito, el Decreto-Ley andaluz, en consonancia con el estatal, regula los Sistemas Institucionales de Protección (SIP), como estructuras fusionadas de reestructuración que contribu-

yan a la capitalización de las Cajas; el ejercicio indirecto de la actividad financiera de las Cajas a través de entidades bancarias, mediante la cesión de sus activos a un banco; y la transformación de las Cajas en fundaciones de carácter especial para la gestión de la obra social.

Según el Decreto-Ley andaluz la adopción de cualquiera de estos tres modelos organizativos requerirá su aprobación por una mayoría reforzada de dos tercios en la Asamblea General de la Caja. En el caso de las dos primeras opciones, se requiere la autorización adicional de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, mientras que la tercera (la transformación de la Caja en Fundación para la gestión de la obra social) ha de ser autorizada por el Consejo de Gobierno. En este último caso se prevé, además, que la Caja que se convierta en fundación de carácter especial quede bajo el protectorado de la Consejería, que tendrá derecho a designar un representante en su Patronato. Este órgano, integrado por un máximo de 20 miembros, deberá reflejar en su composición la misma proporcionalidad de grupos públicos y privados que figuraban en los órganos de gobierno de la caja transformada. Los representantes originarios podrán formar parte del primer Patronato de la nueva fundación y permanecer en el cargo por el tiempo que les reste hasta la finalización de sus mandatos.

La reforma organizativa y la profesionalización de las Cajas es otra de las cuestiones claves del proceso de reconversión y “bancarización” de estas entidades. En materia de órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, además de los órganos de gobierno tradicionales, Asamblea General, Consejo de Administración y Comisión de Control, se crea un nuevo órgano, la Comisión de Obra Social, y se atribuye la categoría de órganos a unas figuras que tenían existencia en la regulación anterior, aunque no se les reconocía tal naturaleza; estos son la Dirección General, la Comisión de Retribuciones y Nombramientos y la Comisión de Inversiones. Por otro lado, y en orden a la consecución del objetivo de profesionalización de los órganos de las Cajas de Ahorros, se añade un nuevo requisito, exigible al menos a la mayoría de los vocales del Consejo de Administración y a todos los miembros de la Comisión de Control, cual es que los mismos deberán poseer conocimientos y experiencia específicos para el ejercicio de sus funciones. Este requisito será exigible, en todo caso, a quienes desempeñen funciones ejecutivas.

Respecto a los porcentajes de representación de los diferentes grupos en los órganos de gobierno, las corporaciones municipales reducen su proporción del 22% al 15%, mientras que la Junta de Andalucía pasa del 15 al 12%. Por el contrario, incrementa su peso (del 8% al 18%) el grupo englobado bajo la

denominación “otras Organizaciones”, en el que se incluyen los colectivos con representación en el Consejo Económico y Social de Andalucía (empresarios, sindicatos, economía social y consumidores, entre otros). Por su parte, mantienen la misma representación los impositores (27%), los empleados (15%) y las entidades fundadoras (13%). No obstante, en el caso de que en este último grupo se incluyan también entidades privadas, su cuota participativa será del 18%, reduciéndose la representación de los impositores y del grupo “otras Organizaciones” al 25% y al 15%, respectivamente.

En el Consejo de Administración se establece, como novedad destacable, la posibilidad de que todos los grupos de representación puedan designar hasta dos miembros del mismo que no tengan la condición de Consejeros Generales, opción que hasta la fecha solo se reconocía a los grupos de Corporaciones Municipales e impositores. Por otro lado, se suprime el límite máximo de dos vocales que puede designar el grupo de las Corporaciones Municipales entre personas ajenas a la Asamblea General. Estas disposiciones tienden a facilitar el cumplimiento de los nuevos requisitos de conocimientos y experiencia exigidos a los miembros del órgano de administración de las Cajas de Ahorros.

El nuevo régimen de las cuotas participativas se regula en los artículos 27 y 28 de la Ley 15/1999. En el primero de ellos se acoge una novedad fundamental, introducida por la normativa básica estatal, que se refiere a la posibilidad de que las cuotas participativas puedan incorporar el derecho de representación en los órganos de gobierno de la Caja emisora. Desde otra perspectiva, se traslada a la Ley 15/1999 en los mismos términos que se establecen en la regulación básica estatal, el régimen jurídico de la representación de los cotaparticipes en los órganos de gobierno de la Caja, su derecho de información, el régimen de impugnación de acuerdos por parte de los mismos y otros aspectos relacionados con ellos.

Asimismo se incorpora el régimen de incompatibilidades recogido en el Decreto-Ley estatal. En particular la prohibición de simultanear las funciones en los órganos de gobierno en las Cajas con un cargo político electo o un alto cargo en la Administración pública, aunque para su cumplimiento se establece un plazo máximo legal de tres años.

En relación con las retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno, el Decreto-Ley prohíbe la percepción simultánea de dietas y sueldos. En el caso de la modalidad SIP y del ejercicio indirecto de la actividad a través de entidad bancaria, tampoco se permiten los sueldos o indemnizaciones dobles (una por la Caja y otra por la entidad bancaria). Estas retribuciones, que

deberán ser aprobadas por las Asambleas Generales de las Cajas, no podrán ser en ningún caso superiores a las fijadas para el Presidente de la Junta de Andalucía.

En consonancia con la legislación estatal, el Decreto-Ley andaluz prohíbe que se lleven a cabo renovaciones totales de los órganos de gobierno de las Cajas tras la finalización de sus mandatos de seis años. Esta medida también se aplica en el caso de conclusión de los periodos transitorios de órganos de gobierno en procesos de fusión para la creación de nuevas entidades. Conforme a la nueva redacción del art. 15 de la Ley 15/1999, tanto en el supuesto de fusión con creación de nueva entidad como en el de fusión por absorción, el periodo transitorio finalizará con una renovación parcial de los órganos de gobierno, y no total como antes se preveía.

Finalmente es de destacar el establecimiento de la obligación de que las Cajas no andaluzas que operen en el territorio de la Comunidad a través de un SIP o de bancos a los que aquéllas cedan sus activos, reviertan con su obra social la proporción de beneficios obtenidos por su actividad en la Comunidad autónoma andaluza.

Conforme a la disposición transitoria primera, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la publicación de la presente disposición las Cajas de Ahorros deberán proceder a adaptar sus Estatutos y Reglamentos, siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 15/1999 para las adaptaciones de los mismos a las modificaciones normativas, si bien el plazo para ello queda reducido a un mes. De otro lado, conforme a la disposición transitoria segunda, la adaptación de la Asamblea General y de los demás órganos de las Cajas a las normas contenidas en el Decreto-ley se realizará dentro de los dos meses siguientes al de la aprobación de los Estatutos y Reglamentos de las Cajas, salvo en el caso de las Cajas de Ahorros que en la fecha de entrada en vigor del mismo se encuentren en el período transitorio tras una fusión, las cuales llevarán a efecto la adaptación de sus órganos en la renovación parcial que corresponderá efectuar a la finalización del período transitorio, conforme se prevé en la disposición transitoria cuarta.

En la disposición transitoria tercera se regula la forma de efectuar los ajustes necesarios para llevar a efecto la adaptación de la composición de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros y tanto ésta como la transitoria cuarta establecen las reglas para el cómputo de los mandatos de los miembros que deban cesar, así como de los que se incorporen a los órganos con motivo de la referida adaptación.

Por otra parte, la disposición transitoria sexta establece el régimen aplicable a los miembros de los órganos de gobierno que deban cesar en el ejercicio de sus cargos como consecuencia del nuevo régimen de incompatibilidades.

Al establecerse respecto de las Cajas creadas por fusión un nuevo régimen para la renovación de sus órganos de gobierno cuando finaliza el período transitorio, la disposición transitoria séptima establece los plazos para la renovación de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros que, resultantes de una fusión con creación de nueva entidad, hubiesen realizado con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto-ley y conforme a la regulación que se deroga por el mismo, una renovación total de sus órganos de gobierno. Dichas Cajas efectuarán la primera renovación parcial de sus órganos a los seis años de aquella renovación total, siendo las sucesivas renovaciones parciales cada tres años. Por lo que se refiere a las Cajas de Ahorros creadas por fusión que en la fecha de entrada en vigor del Decreto-ley se encuentren en el período transitorio, se les aplicará el régimen de renovación de los órganos que instaura la presente disposición.

En la disposición transitoria octava se establece una regla especial para el cómputo total del mandato de los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros que acuerden su integración en un SIP o el ejercicio indirecto de su actividad financiera a través de una entidad de crédito, de acuerdo con lo que prevé el Real Decreto-ley 11/2010.

Por otra parte, y al margen ya de la regulación de las Cajas de Ahorro, la disposición final tercera del Decreto-ley introduce una modificación de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para Andalucía para el año 2011, con la finalidad de crear y constituir el Fondo para la Reestructuración Financiera de Empresas, como un fondo sin personalidad jurídica de los regulados en el apartado 3 del artículo 5 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, para atender la financiación de planes de viabilidad y de reestructuración de las empresas que promuevan la consolidación del tejido empresarial, acogidos al Programa de Ayudas a Empresas Viables con dificultades coyunturales en Andalucía y que será gestionado por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA).

Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica*

Decreto 2/2011, de 11 de enero, sobre la designación por la Comunidad Autónoma de Andalucía de las personas integrantes de los órganos de gobierno de las autoridades portuarias de los puertos de interés general enclavados en Andalucía (Boletín número 16 de 25/01/2011).

Norma aprobada en desarrollo de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, en relación con la designación por la Administración de la Junta de Andalucía de las personas integrantes de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias de aquellos puertos de interés general enclavados en nuestra Comunidad Autónoma.

Dada la importancia del sistema de transporte y logístico de Andalucía, se ha concretado en trece el número de vocales a designar por nuestra Comunidad Autónoma, a fin de garantizar la mayor participación, tanto institucional como de agentes sociales y sectores económicos, en dichos Consejos de Administración, con la especial consideración que tendrá en la composición de los órganos de gobierno de determinadas Autoridades Portuarias, la representación de las Consejerías de Agricultura y Pesca y de Turismo, Comercio y Deporte, y todo ello de acuerdo con el artículo 64.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, según el cual corresponden a nuestra Comunidad Autónoma las competencias de ejecución sobre puertos de interés general, cuando el Estado no se reserve su gestión directa.

Decreto 40/2011, de 22 de febrero, por el que se regulan los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados para cursar las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria y bachillerato (Boletín número 40 de 25/02/2011).

La asignación de plaza escolar al alumnado de los centros docentes públi-

* Sección elaborada por JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

cos y privados concertados para cursar las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria y bachillerato que estén sostenidas con fondos públicos se constituye en uno de los procedimientos anuales más relevantes desarrollados por la Administración educativa, no sólo por el volumen sino por la importancia que las familias otorgan al acceso a una plaza escolar.

Consolidada en la Comunidad Autónoma de Andalucía la plena escolarización del alumnado en el segundo ciclo de la educación infantil en centros públicos y privados concertados, y universalizado así el derecho a la educación para todos los andaluces y andaluzas desde los tres a los dieciséis años, es responsabilidad de la Consejería competente en materia de educación asegurar que el procedimiento de acceso al sistema educativo goce de la mayor transparencia, eficacia y eficiencia posible, conjugando la libertad de elección de centro de las familias, el acceso de todo el alumnado en condiciones de igualdad y calidad, la adecuada y equilibrada distribución entre los centros docentes del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, así como el principio de eficiencia en el uso de los recursos públicos.

De acuerdo con todos estos principios, el alumnado será admitido en los centros docentes sin más limitaciones que las derivadas de los requisitos de edad y, en su caso, de las condiciones académicas. Sólo en el supuesto de que no haya en los centros docentes plazas suficientes para atender todas las solicitudes de ingreso, se aplicarán los criterios de admisión recogidos en el presente Decreto, estableciendo la valoración objetiva que corresponde a cada uno de los alumnos y alumnas.

Se deroga el Decreto 53/2007, de 20 de febrero, por el que se regulan los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados, a excepción de los universitarios, y la Orden de 24 de febrero de 2007, por la que se desarrolla el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados, a excepción de los universitarios. No obstante, se seguirán en vigor hasta que dispongan de normativa propia en relación a los criterios de admisión del alumnado, los centros sostenidos con fondos públicos para cursar formación profesional inicial, educación permanente de personas adultas y enseñanzas de régimen especial.

Orden de 11 de marzo de 2011, por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de autorización y comunicación previa para la realización de determinadas actuaciones en los par-

ques naturales de la Comunidad Autónoma (Boletín número 53 de 16/03/2011).

De conformidad con lo establecido en el Decreto 15/2011, de 1 de febrero, sobre el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales y las medidas de agilización de los procedimientos administrativos, para la solicitud de autorización para la realización de las actuaciones contempladas en el mismo, la persona interesada empleará un modelo normalizado para cada tipo de actuación, que podrá obtenerse por los solicitantes en los servicios centrales y periféricos de la citada Consejería y a través de internet en la dirección de la Consejería de Medio Ambiente <http://www.junta-deandalucia.es/medioambiente>. La solicitud debidamente cumplimentada con los datos solicitados en el modelo normalizado se acompañará de la documentación especificada en cada uno de ellos. Cuando así se indique en dichos modelos normalizados, podrá sustituirse la documentación que se requiera por una declaración responsable en la que manifieste que cumple con los requisitos establecidos en este decreto para realizar el uso o actividad cuya autorización se solicita, que dispone al tiempo de la solicitud de la documentación que así lo acredita y se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a la ejecución o ejercicio de la actuación pretendida.

Asimismo, el mencionado Decreto establece, respecto al procedimiento de comunicación previa, que la persona interesada deberá presentar el documento de comunicación previa correspondiente a la actividad que se pretende desarrollar conforme a un modelo normalizado debidamente cumplimentado junto con la documentación requerida para cada supuesto.

Cuando se establezca en los modelos normalizados, podrá sustituirse la documentación que se requiera por una declaración responsable en la que manifieste, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en este decreto, que dispone al tiempo de la comunicación de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo correspondiente a la ejecución o ejercicio de la actuación pretendida.

Decreto 63/2011, de 22 de marzo, por el que se regula el Registro General de Comerciantes Ambulantes de Andalucía (Boletín número 69 de 07/04/2011).

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, tam-

bien conocida como Directiva de Servicios, establece el marco jurídico dentro de la Unión Europea para eliminar las trabas injustificadas o desproporcionadas al acceso y ejercicio de una actividad de servicios, siendo el fin perseguido eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de las entidades o personas prestadoras en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los mismos, así como garantizar, tanto a las personas destinatarias como a las entidades o personas prestadoras de servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales.

El presente decreto tiene por objeto regular la estructura, organización y funcionamiento del Registro previsto en el artículo 6 de la Ley 9/1988, de 25 de noviembre, en la nueva redacción dada por la Ley 3/2010, de 21 de mayo. Si bien en esta nueva regulación se mantiene la necesidad de contar con autorización de los Ayuntamientos donde se vaya a llevar a cabo el comercio ambulante, la novedad más importante es la desaparición, como requisito previo al ejercicio del comercio ambulante en Andalucía, de la inscripción obligatoria en el Registro General de Comerciantes Ambulantes y la obtención del Carné profesional. Dicha inscripción pasa a ser voluntaria, y supondrá el reconocimiento administrativo como profesionales del sector a las personas físicas y jurídicas inscritas, además de una serie de beneficios para el ejercicio de la actividad.

El Registro tiene naturaleza administrativa y carácter público, único y gratuito, y estará adscrito a la Consejería competente en materia de comercio interior. El objeto del mismo es la inscripción voluntaria de las personas físicas y jurídicas que ejerzan el comercio ambulante en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como de las asociaciones de personas que también lo ejerzan, por lo que estará compuesto de dos secciones, una primera de las personas físicas y jurídicas que ejerzan el comercio ambulante, y una segunda de las asociaciones de personas que ejercen el comercio ambulante. El tratamiento y archivo de los datos obrantes en el Registro se llevará a cabo mediante los medios y procedimientos informáticos que sean precisos para lograr los fines a aquél encomendados.

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME*

La STC 30/2011, de 16 de marzo, una sentencia decepcionante

I. INTRODUCCIÓN

Antes que nada conviene dejar claro que la sentencia a que me refiero es una buena sentencia, podríamos decir que, incluso, es una sentencia técnicamente inobjetable, siempre que el criterio de enjuiciamiento sea un criterio formal, academicista, en el que valoremos por encima de todo el virtuosismo conceptual, el manejo de la dogmática jurídica, la perfección en el razonamiento sutil. Posiblemente muchas de las sentencias del Tribunal Constitucional que, al menos, una parte importante y en ocasiones mayoritaria de la opinión pública, hoy comúnmente denominada ciudadanía, no comparte suele encuadrarse en este tipo de sentencias. En mi opinión este fenómeno introduce un factor de tranquilización en la crítica. Se puede uno quedar tranquilo porque sabe que lo que le parece una enormidad puede no serlo, porque siempre habrá otros más avisados que él que lo comprenderán. Vayan por delante estas líneas para relativizar los términos de esta crítica que siempre podrán suavizarse apelando a la tosquedad de su autor.

II. MI REPROCHE A LA SENTENCIA

La sentencia en que el Tribunal Constitucional declara inconstitucional y, por tanto, anula el art. 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía, no puede considerarse mala, pero sí decepcionante. Naturalmente que todas las sentencias son decepcionantes para la parte que pierde el litigio. En tal sentido es evidente que lo ha sido para algunos andaluces, como es comprensible la decepción de los sectores nacionalistas y allegados con la sentencia 30/2010, de 28 de junio. Sin embargo, no es ese tipo de decepción el que estoy glosando aquí. Me refiero a una

* La presente Sección ha sido elaborada bajo la dirección de José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ

decepción objetiva que se vincula a la idea que, al menos a mí, me ha suscitado la sentencia, de que el pleito constitucional, y la sentencia por tanto, van por un lado y la realidad, por otro muy diferente. La lectura de la sentencia, cuando se tiene presente la *ratio* de la disposición discutida produce la sensación del agua –nunca mejor dicho– que se escapa por los vanos de una cesta de mimbre. Entre los sesudos y eruditos razonamientos de la sentencia apelando al principio de unidad de la nación española, la gestión racional y prudente de los recursos naturales, que parece solo puede garantizar Estado y la necesidad de que la gestión de las cuencas hidrográficas respete también el principio de unidad, el agua de la cuenca del Guadalquivir con sus características cuantitativas de extensión y reparto entre las diversas comunidades autónomas concernidas, aparece como una gran ausente. En efecto, si no fuera porque sabemos que el art. 51 del Estatuto de Andalucía se refiere al río Guadalquivir y a ocasionales menciones a este río y su cuenca en el texto de la sentencia, cualquiera diría que trata de cualquier río de los que atraviesan más de una comunidad autónoma, en definitiva, que lo que se afirma en la sentencia se puede predicar lo mismo del Guadalquivir que del Guadiana, el Ebro o el Tajo. Dicho de otra manera, que la competencia sobre las cuencas intercomunitarias corresponde al Estado, es algo que nadie ha dudado en ningún momento, por lo que es obvio que, en tanto que se da esta circunstancia, la del Guadalquivir debería seguir la misma suerte y así se ha entendido en la sentencia. Pero es evidente que esa no podía ser la cuestión, aunque a ello la hayan reducido la parte recurrente y el Tribunal. A esta conclusión se llega porque el cuerpo de la sentencia se ciñe a repetir los razonamientos que sirvieron en su día para rechazar la inconstitucionalidad de la ley de aguas de 1985. No creo que esto lo haya cuestionado nadie ni en Andalucía ni desde Andalucía. Puesto que la cuenca del Guadalquivir excede el territorio de una comunidad autónoma –la andaluza– la duda constitucional no podía ser si como tal, es decir, en cuanto productora de ese exceso, caía dentro de la competencia estatal sino más matizadamente, si puesto que ese exceso es cuantitativamente poco relevante para las restantes comunidades autónomas afectadas, pues hay que distribuirlo entre tres –Extremadura, recurrente, Murcia y Castilla-La Mancha– cabría una aplicación más benigna con aquella comunidad autónoma, siempre con las cautelas suficientes para las demás. Dicho de una forma más coloquial, si frente al todo o nada que parece haberse impuesto, cabría una interpretación más gradual y flexible de la Constitución que la consistente en su aplicación literal. De esta manera cabría la posibilidad de articular respuestas jurídicas variadas a una amplia pluralidad de situaciones: cuencas intracomunitarias, cuencas intercomunitarias y cuencas intercomunitarias de claro predominio de una comunidad autónoma. Con independencia de cual fuera la respuesta constitucional, creo que puede convenirse en que se recoge de esta manera mejor la realidad

plural de las situaciones hídricas existentes en España que con el clásico dualismo de clara reminiscencia maniquea que, por lo que hemos visto, el Tribunal ha sido incapaz de superar. Es evidente que la literalidad del texto constitucional es la que es y también que en 1988 el Tribunal Constitucional hizo una meritoria labor interpretativa del mismo al enjuiciar la Ley de aguas de 1985, pero en este momento no se trataba de eso, que es lo que parece desprenderse de los fundamentos jurídicos de la sentencia que comento: ante el recurso de Extremadura el Tribunal espeta a Andalucía la doctrina sentada en la sentencia 227/1988.

La defensa de la Junta de Andalucía lo planteó muy correctamente, a mi juicio, cuando contraponía el interés regional como inspirador de los criterios del art. 148. 1 del texto constitucional con el criterio territorial del art. 149.1. 22. A su juicio, éste debía entrar en juego cuando quedara rebasado aquél, supuesto manifiestamente claro en cuencas intercomunitarias que todos tenemos presentes. Andalucía –y lo mismo podría decirse de Castilla y León con la cuenca del Duero– plantea un supuesto claramente diferenciado, intermedio entre las cuencas intracomunitarias e intercomunitarias, con una fisonomía tan propia como en su momento se pudo reconocer a aquéllas. Es la ausencia de ese posible criterio cuantitativo que matizase la aplicación del art. 149.1. 22 y su doctrina interpretativa –*summum ius, summa iniuria*– lo que pesa en la crítica de la sentencia. Si se me apura, no es a mi juicio criticable el que no se haya atendido el criterio a que aludo, sino el que apenas aparezcan referencias tangenciales al mismo. Así en el Antecedente 2, al relatar los argumentos del Gobierno de la Junta de Extremadura se alude a que *dicho régimen pretendía justificarse en el carácter singular atribuido a la cuenca del Guadalquivir, siendo así que para el recurrente, ello no es un título habilitante que permita la atribución de competencias*. Así es, en efecto, pero si es una circunstancia, un presupuesto fáctico que configura una determinada región y, por tanto, merece una cierta atención, aunque sea para desestimarlo no como título habilitante sino como circunstancia o hecho merecedor o no de un tratamiento específico. En eso consiste el reproche.

Interesa abundar algo más en los fundamentos del recurso del Consejo de Gobierno de Extremadura, al menos tal como los conozco a través de la propia sentencia pues considero que de alguna manera avalan lo que se viene diciendo aquí. *Al margen del juicio que merezca el art. 149.1.22 CE, este ha de ser respetado en tanto no medie una reforma constitucional o una modificación del derecho comunitario, estando fuera los criterios de justicia material en los que a su juicio, parece apoyarse el consejo de Gobierno Consultivo andaluz*. Se reconoce de esta manera alguna insuficiencia en el art. 149.1.22. Obviamente la consecuencia no puede ser su no acatamiento, pero si una interpretación apoyada justamente en esos criterios

de justicia material que nadie se toma la molestia en desvirtuar. De eso es justamente de lo que se trata. Lo hizo el Parlamento de Andalucía y con posterioridad las Cortes Generales cuando aprobaron el art. 51 impugnado y debió hacerlo el Tribunal Constitucional, al menos para decir que no.

III. LA POSICIÓN DE LA STC 30/2011

La posición de la sentencia se desarrolla en su Fundamentos jurídicos 4 a 9 una vez rechazados los óbices procesales planteados por los órganos de la comunidad andaluza. El reproche fundamental que el Tribunal constitucional hace a la regulación contenida en el art. 51 debatido es que *conduce a un entendimiento que acoge un modelo de gestión fragmentada de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica intercomunitaria, conforme a la cual una parte de la cuenca del Guadalquivir sería de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma andaluza y otra parte de las aguas de esa misma cuenca sería de competencia del Estado*. Pues claro, pero ese es el punto de partida, lo que hay que dilucidar: si se puede o no consentir ante las peculiares circunstancias y teniendo en cuenta que una cosa es la compartición competencial y otra muy distinta la fragmentación de la gestión. Es indudable que, al menos en principio, la exclusividad de la competencia debe favorecer la unidad de gestión, pero no puede sostenerse que la compartición competencial necesariamente suponga fragmentación de la gestión. Dicho de otra manera, el principio de unidad de cuenca no exige necesariamente la exclusividad competencial, pues existen mecanismos para lograr la unidad de gestión en esas circunstancias. La cuestión a debatir era precisamente si ante las razones que aportaba Andalucía se justificaba una matización o corrección del criterio literal del art. 149. 1. 22. La respuesta está implícita en tanto que el art. 51 del texto estatutario ha sido invalidado.

Pero no se ha dado ninguna razón, porque no responde a dicha cuestión:

– que *la norma constitucional permite referirse al conjunto integrado de las aguas de cada cuenca, que a través de corrientes principales y subalternas, trasvasan los confines del territorio de una comunidad autónoma* (fundamento jurídico 5,– Ya se sabía.

– que *este Tribunal ha de tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales de tanta importancia como son los recursos hidráulicos, principios que, a modo de síntesis, se condensan en el mandato constitucional que obliga a todos los poderes públicos a velar por la “utilización racional de todos los recursos naturales” (art. 45.2 de la Constitución)*. Por ello, entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente

permitan cumplir dicho mandato y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente a los que aquél está inseparablemente vinculado. Nada que objetar con la pequeña matización aludida de que la compartición de competencias no tiene por qué afectar al principio de unidad de gestión, como la autonomía no afecta negativamente el principio de unidad nacional y siempre que no se entienda que el Estado es necesariamente mejor gestor de los recursos naturales que otros entes públicos o privados.

— que como corolario de lo anterior, en la citada STC 227/1988, realizamos una precisión que ahora se revela de la máxima importancia, al afirmar que la «expresión “aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma” es un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia. Desde el punto de vista de la lógica de la gestión administrativa, no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma, pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condicionan las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios

IV. CONCLUSIÓN

Está muy claro que el art. 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo no es conforme con el criterio de interpretación que el Tribunal Constitucional asumió en su momentos –STC 227/1988, de 28 de noviembre– al enjuiciar la Ley de aguas de 1985. La sentencia 30/2011, de 16 de marzo no aporta novedad alguna al respecto. Me hubiera gustado una explicación más material y de fondo acerca de por qué no cabe una solución más ajustada a la realidad.

NOTICIA DE
REVISTAS AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas*

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

TRÍAS PRATS, Bartomeu, *Tribunal Constitucional y tarifas portuarias: hacia el desenlace final del llamado conflicto tarifario*, “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 177-224. *Vid.* (4).

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

MONER GONZÁLEZ, Francisco Javier, *La función pública local en la normativa autonómica valenciana. Principales novedades con relación al estatuto básico del empleado público*, “RJCV”, núm. 36 2010, pp. 81-104

Examina el autor dos normas autonómicas de referencia: La Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local y la Ley 10/2010 de 9 de julio de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana. Se centra en las materias de clases de personal, derechos y deberes, adquisición y pérdida de la relación de servicio, ordenación de la actividad profesional, situaciones administrativas, régimen disciplinario y cooperación entre administraciones. Concluye que la aplicación automática a la función pública local de la normativa autonómica no resulta acertada por la disparidad de Entidades locales que no guarda relación con la *Generalitat*.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

MEIX CERECEDA, Pablo, *Variaciones sobre la Constitución y los Derechos fundamentales*, “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 423-447.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *La justicia administrativa en Europa (Anotaciones en torno a su evolución hacia un sistema de plena jurisdicción y sobre otros retos actuales)*, “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 53-81.

* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

Estudia DÍEZ SÁNCHEZ por el método comparativo siguiendo de cerca el análisis de GARCÍA DE ENTERRÍA la evolución hacia un modelo convergente de justicia administrativa plenaria impulsado por el art. 6 CEDH y la jurisprudencia del TEDH examinando los casos de España, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Portugal. El autor, entre otros, destaca como retos el alcance del control judicial, el ámbito del Derecho administrativo de la regulación y la calidad de las normas.

DE VICENTE DOMINGO, Ricardo, *Alteraciones en el ordenamiento valenciano. La Ley 12/2010, de 21 de julio, de la Generalitat, de medidas urgentes para agilizar el ejercicio de actividades productivas y la creación de empleo*, “RJCVC”, núm. 36 2010, pp. 49-80.

Examina el autor esta Ley 12/2010 exhibiendo maestría en el análisis –de verdadera marquertería jurídica- y examinando fundamentalmente el juego de derogaciones y modificaciones sobre la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana y sobre la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, del Suelo no Urbanizable. Resaltamos el tratamiento la introducción de la declaración responsable en obras menores, el nuevo régimen de publicación del planeamiento, el plazo de emisión de informes previsto en la LUV, las modificaciones de la declaración de interés comunitario y la desregulación en la determinación del canon.

PUCHALT RUIZ, Marcos, *La transposición de la Directiva 2006/123/CE, de Servicios del Mercado Interior y sus repercusiones en el Derecho Administrativo*, “RJCVC”, núm. 37 enero 2011, pp. 19-32.

El trabajo describe la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas normas para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio. El trabajo aborda los servicios incluidos, la comunicación y declaración responsable y las modificaciones operadas sobre la Ley 30/1992 y LRBR. Culmina el estudio el análisis de la adaptación de procedimientos a través de las ordenanzas municipales

HERRÁIZ SERRANO, Olga, *La asunción por la legislación aragonesa de ordenación del territorio de la categoría de los informes determinantes para el Estado*, “RARAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 269-294. *Vid.* (6).

GONZÁLEZ ALONSO, Augusto, *La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ante la nueva oficina judicial*, núm. 36 2010, pp. 81-104.

Examina GONZÁLEZ ALONSO la modificación operada por la Ley 12/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación la nueva

oficina judicial (competencia, acumulación, cuantía del recurso, procedimiento, recursos, tasas y depósitos judiciales, y ejecución). Destaca del conjunto las modificaciones que atribuyen a los Secretarios Judiciales nuevas funciones en materia de admisión de las demandas, el impulso de la ejecución y nuevas resoluciones que pueden ser dictadas por los mismos, siempre recurribles ante un Juez o Tribunal cuando cierren el paso a la tutela judicial efectiva. Señala así como objetivo de la reforma que los representantes del Poder Judicial dediquen todos sus esfuerzos al rol constitucionalmente otorgado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado descargándolos de tareas meramente administrativas o de gestión técnico-procesal que se encomiendan o clarifican como funciones propias de los Secretarios judiciales.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

TRÍAS PRATS, Bartomeu, *Tribunal constitucional y tarifas portuarias: hacia el desenlace final del llamado conflicto tarifario*, "RArAP", núm. 36, junio 2010, pp. 177-224.

TRÍAS PRATS es autor de *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*, Iustel, Madrid 2011, libro esencial en la materia en el que aborda -en el largo trayecto que va desde el siglo XIX al actual siglo XXI- la importante influencia que han ejercido las necesidades financieras de los puertos sobre la definición de su régimen de administración y servicio buscando hacer del sistema portuario estatal un sistema económicamente autosuficiente. En este estudio, el autor analiza el conflicto tarifario surgido tras la STC 185/1995, de 14 de diciembre y los mecanismos de reacción ante la crisis del sistema (Leyes 55/1999 y 14/2000). La STC 116/2009, de 18 de mayo, declaró la inconstitucionalidad del apartado 1º de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55 /1999 por establecer una retroactividad incompatible con el art. 9.3 CE. A continuación analiza las causas y alcance del conflicto tarifario y los mecanismos de reacción (de nuevo la refacturación) y la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad 996/2010, ante lo que autor augura que la disposición final quinta del nuevo proyecto de Ley no alcanzará vigencia.

CARRERAS MANERO, Olga, *El impacto de la crisis en el presupuesto. Los presupuestos de Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010*, "RArAP", núm. 36, junio 2010, pp. 401-422.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

PEMÁN GAVÍN, Juan, *La política de civismo en los ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica*, "RArAP", núm. 36, junio 2010, pp. 11-52. *Vid.* (6).

FANLO LORAS, Antonio, *A propósito de la planificación hidrológica (consideraciones jurídicas sobre el documento “esquema provisional de temas importantes de la demarcación hidrográfica del Ebro”*), “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 247-268. *Vid.* (6).

MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel, *Infracciones y sanciones en materia de subvenciones públicas*, “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 83-121.

Expone MARTÍNEZ LAGO de forma sintética las fuentes normativas y principios informadores de la potestad sancionadora en materia de subvenciones; el sistema de infracciones y sanciones en la Ley General de subvenciones y el procedimiento para sancionar las infracciones subvencionales. El lector debe tener en cuenta las modificaciones y la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública. El fraude de subvenciones, se unifica con respecto al delito fiscal la cuantía (120.000 euros) como frontera entre el ilícito administrativo y el ilícito penal estableciéndose que para la determinación de la cantidad defraudada se tomará como referencia el año natural, debiendo tratarse de subvenciones obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque procedan de distintas Administraciones o entidades públicas. La reforma ha determinado un endurecimiento de las penas –la pena a imponer será de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo, según la nueva redacción del art. 307.1 del Código Penal (fraude de subvenciones)–, afectando la variación a la pena de prisión cuyo máximo se eleva a cinco años frente a los cuatro en la redacción anterior. Igualmente debe destacarse que en Andalucía se ha aprobado recientemente el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía cuyo artículo 129 hace una expresa remisión al régimen previsto en el Título IV de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, siendo competentes para acordar e imponer las sanciones las personas titulares de las respectivas Consejerías. El apartado 2 del art. 129 establece que los administradores o administradoras de las personas jurídicas serán responsables subsidiariamente de la sanción en los mismos casos previstos en el artículo 126 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

(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.).

PEMÁN GAVÍN, Juan, *La política de civismo en los ayuntamientos españoles. Entre política, acción social y educación física*, “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 11-52.

Este excelente trabajo comenta la tendencia creciente al establecimiento de una política de civismo a lo largo de la última década que el autor valora positivamente. PEMÁN GAVÍN identifica los factores de este renovado impulso regulador en el ámbito local. Destaca entre dichos factores el abandono del Estado mediante la derogación de numerosas faltas del Código Penal (las faltas contra el régimen de las poblaciones en 1989) y la Ley de Orden Público de 1959); el propio reforzamiento de la capacidad de actuación de los Municipios producido en los últimos años y los nuevos fenómenos como el botellón o el vandalismo unidos al rebrote de una mentalidad individualista nada proclive a percibir lo público como propio y a preocuparse de los espacios colectivos y a cuidarlos. A continuación estudia los precedentes situando en los años 2006-2009 la eclosión y generalización de las ordenanzas. A partir de aquí el autor destaca novedades y realiza juicios críticos. Destaca la regulación de los trabajos en beneficio de la comunidad que cree acertada pero falta del respaldo legal del alcance general en el ámbito local que estima necesario. Respecto las medidas socio-educativas como alternativa a la multa pone como ejemplo a imitar la Ordenanza de Mota del Cuervo estimando desdibujado el instrumento en el resto. Como elenco de problemas en dichas Ordenanzas de civismo resalta el autor los problemas de tipicidad, la carencia de cobertura legal, o la atribución de responsabilidad administrativa por hecho ajeno a los padres lo que también a su juicio es cuestionable que se haga por ordenanza. Para la superación de estos problemas PEMÁN GAVÍN propone la aprobación de un marco legal estatal de mayor fuste en materia de potestad sancionadora, la apertura de sanciones en la LRBRL mas allá de las multas y la regulación de problemas específicos como el de la prostitución. El Estudio incluye una selecta bibliografía.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución*, "RArAP", núm. 36, junio 2010, pp. 225-246.

SORIANO GARCÍA tras relatar la ineficacia de sentencias declarativas de nulidad, particularmente hiriente es caso de la montaña de Cáceres y las STSJ de 24 de febrero de 2003 sobre la modificación del PGOU de Cáceres propone tres medidas contundentes: 1) Otorgamiento de medidas cautelares inaudita parte sin fianza; 2) de inmediato, cambiar el turno de reparto de los asuntos, lo que está permitido por la Ley; y, 3) mediante la Vista Oral amplia y extendida entrar de inmediato en el fondo del asunto, imponiendo costas razonables a parte perdedora. Con estas medidas SORIANO GARCÍA pretende evitar la irreversibilidad del urbanismo y construcción ya hechos.

FANLO LORAS, Antonio, *A propósito de la planificación hidrológica (consideraciones jurídicas sobre el documento "esquema provisional de temas importantes de la demarcación hidrográfica del Ebro)*, "RArAP", núm. 36, junio 2010, pp. 247-268.

FANLO LORAS, uno de los mejores especialistas nacionales de Derecho de Aguas, realiza esta reflexión general sobre algunos aspectos de la planificación hidrológica (procedimiento, competencia, objetivos, contenido), cuyo desarrollo reglamentario ha introducido modificaciones contradictorias con la regulación de la Ley, al tiempo que se hacen aportaciones específicas para el caso de la cuenca del río Ebro. Advierte así, por ejemplo, de la sorprendente desvinculación de las reservas respecto de las obras de regulación y en consecuencia de nuevas ofertas de agua que satisfagan nuevas demandas o garanticen los actuales caudales concesionales. También previene frente a la inadecuada separación formal de planes hidrológicos y programas de medidas y las discordancias respecto de las cifras de población abastecida estimando discutible algunos de los criterios para el otorgamiento de nuevas concesiones para riegos.

TRÍAS PRATS, Bartomeu, *Tribunal Constitucional y tarifas portuarias: hacia el desenlace final del llamado conflicto tarifario*, “RrAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 177-224. Vid. (5).

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, *La “intercambiabilidad del suelo urbanizable y no urbanizable”*, “RrAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 123-175.

Este trabajo analiza lo que denomina la intercambiabilidad del suelo urbanizable y no urbanizable sobre la base de la existencia de amplios poderes discrecionales estudiando los modelos de 1976, 1992, 1998 y 2007-2008 con la desaparición de la regulación de la clasificación en el Derecho estatal. AGUDO GONZÁLEZ pone de relieve que los procesos que generan ese fenómeno se confirman bajo la vigencia de cualesquiera de las leyes urbanísticas estatales incluso con la legislación vigente, a pesar de que sus intenciones fueran muy distintas. Cree que la reforma 2007-2008 no ha alterado la dicotomía SNUEP /SNU (no urbanizable de especial protección/ no urbanizable) siendo el sistema idéntico al de 1998 por ser reglada la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección. De la nueva regulación AGUDO GONZÁLEZ destaca tres aspectos: 1) Los criterios básicos de utilización del suelo relacionados con la limitación de la oferta de suelo no urbanizable; 2) Medidas en relación con la evaluación de la sostenibilidad del desarrollo urbano; y, 3) Medidas derivadas del régimen de situaciones básicas del suelo. Cree AGUDO GONZÁLEZ que las distintas leyes estatales y autonómicas en materia urbanística no han atajado la intercambiabilidad entre SNU y suelo urbanizable, pues la discrecionalidad del planificador sigue siendo considerable tanto en la selección de los terrenos susceptibles de transformación, como en la evitación de la reclasificación de suelos merecedores de protección. El autor realiza propuestas audaces de *lege ferenda* (establecimiento de normas que garanticen que las características físicas reales de los terrenos que permiten su clasificación como SNU, sean determinantes de la adscripción del suelo a clase de suelo de forma permanente; ligar esta regla a la evolución natural de los espacios con prohibición de reclasificación

a inundaciones y parcelaciones ilegales; aplicación de estas reglas a la aprobación de instrumentos o proyectos regionales o supramunicipales; restitución de la promoción de suelo urbanizable no programado y de reclasificación de SNU existiendo urbanizable programado (sectorizado o delimitado) no desarrollado. El tema es apasionante. Con inevitable pudor recomiendo al lector mi obra *La reclasificación de suelo no urbanizable*, 2009 Thomson-Reuter Aranzadi Madrid 2009, que por coincidir con la publicación del estudio que recensionamos no es citada en la amplia y selecta bibliografía manejada por el autor. Por la misma razón tampoco se maneja la obra de M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Medioambiente y Uso del Suelo Protegido. Régimen Jurídico Medioambiente y Uso del Suelo Protegido. Régimen Jurídico Civil, Penal y Administrativo*. Ed. Iustel Madrid 2010.

HERRÁIZ SERRANO, Olga, *La asunción por la legislación aragonesa de ordenación del territorio de la categoría de los informes determinantes para el Estado*, “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 269-293.

Estudia la autora la LOT 2009 de Aragón que hace suya la categoría de los informes determinantes para el Estado en relación con los planes y proyectos de éste con incidencia territorial en la Comunidad Autónoma. HERRÁIZ SERRANO explora las posibilidades interpretativas del adjetivo determinante y singulariza los informes que revisten este carácter como especie del género de los no vinculantes, pero con un matiz diferencial que impondría una motivación cualificada para discrepar de los mismos.

DE VICENTE DOMINGO, Ricardo, *Alteraciones en el ordenamiento valenciano. La Ley 12/2010, de 21 de julio, de la Generalitat, de medidas urgentes para agilizar el ejercicio de actividades productivas y la creación de empleo*, “RJCV”, núm. 36 2010, pp. 49-80. *Vid.* (3).

CALVO MIRANDA, José Luis, *Abastecimiento de agua potable y saneamiento de las aguas residuales urbanas en España*, “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 295-311.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, María Luisa, *Régimen jurídico-administrativo del derecho de admisión en establecimientos públicos. Especial referencia al caso andaluz*, “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 313-358.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando, *Una visión crítica del régimen de fuera de ordenación*, “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 359-394.

PUCHALT RUIZ, Marcos, *La transposición de la Directiva 2006/123/CE, de Servicios del Mercado Interior y sus repercusiones en el Derecho Administrativo*, “RJCV”, núm. 37 enero 2011, pp. 19-32. *Vid.* (3).

(7) § Varia.

MEIX CERECEDA, Pablo, *Variaciones sobre la Constitución y los Derechos fundamentales*, “RArAP”, núm. 36, junio 2010, pp. 423-447.

Abreviaturas

RArAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RJCV	Revista Jurídica de la Comunidad de Valencia
VVAA	Varios autores

RECENSIONES

RECENSIONES

Lorenzo MELLADO RUIZ: *Aguas y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*.

Editorial Comares, y Fundación de Estudios de Regulación, Granada 2010, 352 páginas.

«... no hay Derecho actual y Derecho histórico, como dos mundos separados, sino Derecho vigente y Derecho derogado, y ambos son historia y presente, es decir un proceso de evolución de categorías, conceptos e instituciones sin solución de continuidad»
Alfredo Gallego Anabitarte

«La crítica literaria [debe hacerse] de modo que al releer el libro parezcan haberse multiplicado todas sus energías interiores. Como el barniz sobre los cuadros, aspira la crítica a dotar a los objetos literarios de una atmósfera más pura, atmósfera de alta sierra, donde los colores son más vivaces y más amplias las perspectivas»
José Ortega y Gasset

I. DE CÓMO LOS OPERADORES JURÍDICOS QUE, POR UNA RAZÓN U OTRA, TENEMOS QUE VERSAR SOBRE LAS LLAMADAS AGUAS CONTINENTALES, NECESITAMOS POSEER UNAS NOCIONES BÁSICAS SOBRE LAS LLAMADAS AGUAS CONTINENTALES

Dicho tengo en otra sede¹ que la historia del Derecho Administrativo no es sólo la de un sector del Ordenamiento jurídico, sino también la de los intentos de reconducción de ese ordenamiento a un sistema conceptual. De aquí la necesidad de que los operadores jurídicos prestemos atención a ambas formas de manifestarse el mismo.

Y dicho tengo también en esa misma sede que el concepto de ordenamiento jurídico es uno de tantos que, a fuer de usadero, damos por sabido, por

¹ F. González Navarro: *Derecho Administrativo Español*, volumen primero, 2ª edición actualizada y ampliada, Pamplona 1993, págs. 701-702.

lo que me parece oportuno recordar², que si bien es claro que *las normas forman parte, esto es, son elementos del ordenamiento jurídico, éste se nos presenta como algo distinto de los elementos que lo integran*. Por ello hay que admitir, con Santi Romano, «que no se puede tener un concepto adecuado de las normas que lo forman, sin anteponer previamente el concepto unitario de aquél, del mismo modo que no se puede tener una idea clara de los distintos miembros del hombre o de las ruedas de una máquina si no se sabe antes qué sea el hombre o qué sea aquella máquina [y esto porque el Ordenamiento jurídico] es una entidad que se mueve en parte según las normas pero que sobre todo dirige a las propias normas *como si fueren las piezas de un tablero de ajedrez*, normas que de este modo resultan más bien el objeto e incluso el medio de su actividad, no un elemento de su estructura».

Esta es la razón de que, leyendo el libro de Lorenzo Mellado Ruiz, haya sentido la necesidad de pertrecharme, al menos, de unas nociones generales sobre Hidrología fluvial, algunas de las cuales están hoy definidas en esa parte del Derecho Administrativo que es el Derecho de las aguas continentales.

Y debo decir que me ha reafirmado en la necesidad de pertrecharme de ese mínimo instrumental conceptual, un hecho en el que no había reparado y que no puedo dejar de destacar. Es el caso que, repasando el libro de Marq de Viliers, *Agua*, que leí en 2001, en que se publicó en España la traducción del mismo, me topé con que una de las “entradillas”, concretamente la primera, reproducía las palabras con las que un ingeniero del Ejército de los Estados Unidos —empleando un vocabulario perfectamente grosero— manifiesta su desprecio por «la mayor parte de los estudios académicos [sobre las aguas continentales]». Y añadía: «Pero vale. Son académicos. No tienen ninguna responsabilidad en el manejo de los recursos reales. Nosotros tenemos que vérnoslas con cosas de verdad: presas de verdad, ríos de verdad, demanda de verdad, crisis de verdad».

Pues bien, aunque puede ocurrir que si una presa se cae, sean imputados los ingenieros que la planificaron así como aquellos otros —porque pueden ser distintos— que la construyeron, en ninguna parte está escrito que tengan que serlo necesariamente, ni que hayan de aparecer como primeros imputados, ni los únicos, ni, en su caso, los que acaben siendo condenados. Y como yo he sido juez, en esa velada queja del citado ingeniero del Ejército de los Estados Unidos, veo una razón más, para ahora que estoy jubilado, tratar de colmatar esa laguna que he advertido en el modesto arsenal de mis saberes.

² *Ibidem*, págs. 562–563.

II. UNA LEJANA PROPUESTA DE ORTEGA Y GASSET ACERCA DE CÓMO DEBE HACERSE LA CRÍTICA LITERARIA

1. Advertencia previa.

La primera pregunta que hube de plantearme, después de haber ofrecido al autor hacer una recensión de su libro –fue así: él se había limitado a enviarme un ejemplar– versaba sobre cuáles problemas de los varios que aborda en sus páginas –abundosas de notas y de propio saber condensado– deberían retener mi atención a tal efecto.

En una primera aproximación me sentí atraído por tres cuestiones: lo que el autor llama “coordinación funcional de los instrumentos de planificación” (págs. 49–115); la inclusión del “derecho al agua” dentro de los nuevos catálogos de derechos y deberes contenidos en los Estatutos de autonomía (págs. 217–250); y la asunción de competencias autonómicas sobre la cuenca hidrográfica del Guadalquivir (págs. 291–320).

En estas reflexiones me hallaba cuando recordé que tenía anotada una propuesta de Ortega acerca de cómo debe hacerse la crítica literaria. Y como tengo la costumbre de alancear los libros que leo pertrechado siempre de lápiz –blando, por perjudicarlos lo menos posible– no me fue difícil encontrar esa propuesta: corresponde a un estudio de nuestro filósofo cuyo título es «Pío Baroja, anatomía de un alma dispersa», que figura en *Obras Completas*, Alianza Editorial, tomo 9, pág. 479. He aquí lo que Ortega decía:

«Yo supongo que antes de leer estas páginas se ha leído la novela y, en general, se ha leído la obra de Baroja. La crítica literaria no puede ser nunca una suplantación de la obra poética, sino que *toma de ella todo su jugo*. Me parece divisar la misión de la crítica en una desintegración de los elementos de la obra con el fin de potenciarlos, de llevarlos a un máximo crecimiento de modo que al releer el libro parezcan haberse multiplicado todas sus energías interiores. Como el barniz sobre los cuadros, aspira la crítica a dotar a los objetos literarios de una atmósfera más pura, *atmósfera de alta sierra, donde son los colores más vivaces y más amplias las perspectivas*».

Extraer el jugo de lo leído: en eso consiste, pues, la crítica literaria. Y es lo que he decidido hacer. Aunque, eso sí, evitando precisar la naturaleza de estos decires míos que aquí seguirán. Y *a lo que resulte* lo designo con la expresión más difusa de “comentarios”, si bien procuraré alcanzar ese nivel en que se puede respirar «esa *atmósfera de alta sierra*», según proponía Ortega.

Así las cosas, me pareció que, para empezar, debería *convertir la primera parte de mis comentarios* en algo parecido a esas «notas de andar y ver» que publicaba Ortega en *El Espectador*, cuando, caballero en mula torda alquilada y precedido por aquel vaquero de Sigüenza con nombre –Rodríguez– «que parece arrancado al poema [del *Mío Cid*]», recorría las tierras de Castilla (las de Asturias las viajó en tren). Bien es verdad que ahora el medio de locomoción que yo emplearé no será físico sino intelectual: el estudio atento de la *Guía física de España*, una obra admirable dirigida por Eduardo Martínez de Pisón, y publicada entre 1986 y 1988 por Alianza editorial. Una obra que yo he leído alterando el orden en que fue concebido el proyecto. De forma que la lectura que he realizado la he ordenado empezando por el número 3. *Los ríos* (1986); siguiendo con el 4. *Los lagos* (1988); continuando luego con el 2. *Los bosques* (1987); para terminar con el 1. *Los volcanes* (1986). La obra está editada en volúmenes de una media de 320 páginas, y cuya dimensión es de 18x10,5 cm. Y con todo ello esto queriendo decir que para llegar a poseer las nociones básicas sobre las aguas continentales he empezado por el libro de Miguel Arenillas Parra y Clemente Sáenz Ridruejo, *Los ríos*, que tiene 383 páginas. Y a medida que su lectura me suscitaba interrogantes he buscado respuesta en los otros tres.

A mi modo de ver, los cuatro tomos de la *Guía física de España*, integran una obra cuyo estudio –que no simple lectura– recomiendo encarecidamente a cuantos se vean en trance de versar sobre el Derecho de aguas³.

³ Para el estudio que recomiendo debe tenerse presente especialmente una serie de precisiones que, generalmente en notas a pie de página, hacen Arenillas Parra y Sáenz Ridruejo, autores del número 3. *Guía de los ríos de España*, y que son las siguientes: a) La actual estructuración de nuestras redes fluviales tiene una antigüedad aproximada de cinco millones de años, de los cuales los tres primeros corresponden al Plioceno y los restantes al Cuaternario. b) La red de drenaje de un territorio se ordena de forma arborescente: los pequeños colectores van juntándose y formando otros mayores, y así sucesivamente hasta crear los ríos mayores. c) Con una perspectiva macroscópica es correcto decir que el agua, desde que brota de la tierra o cae del cielo, *desciende* hasta que su conductor desemboca en otro o, finalmente, en el mar. d) Pero la realidad desmiente, no pocas veces, esa afirmación pues hay turbulencias, sifonamientos o contrapendientes que remonta el hielo glaciar. Téngase presente, no obstante, que los autores de la *Guía de los ríos de España* (publicada en 1985) advierten (pág. 125) que aunque el fenómeno glaciar tuvo en la Península un carácter marginal llegaron a desarrollarse formas glaciales típicas, en general de extensión reducida, que hoy se conservan en distintos puntos de nuestras sierras. Al decir esto parece que están matizando (con cita a pie de página de algunos trabajos publicados por ellos mismos) esta afirmación más rotunda que habían hecho unas líneas antes: «en nuestros días los únicos glaciares activos de la Península son los pocos que resisten en el Pirineo aragonés». e) Otro hecho físico, determinante de la distinción entre una Hispania seca y otra húmeda es la *basculación de la Península Ibérica hacia Occidente*. Galicia se hunde hacia el lado de Finisterre, lo que hace

Esta es, digamos, la literatura especializada de carácter general de la que me he servido básicamente. Pero no la única, como se verá. Información menos conocida sobre el comportamiento de nuestras aguas continentales puede encontrar el lector en estos comentarios, tales como: la referente al río Guadalmedina y el embalse del Limosnero, en Málaga; a los humedales de Campillos, en la provincia de Málaga; disposiciones dictadas por el Gobierno para atender al grave problema de la sobreexplotación de acuíferos, en los *Comentarios a la Ley de Aguas*, de J. González Pérez, Cívitas, 1987 [Comentario al artículo 56: Decreto 2618/1986, de 24 de diciembre, para atender el grave problema de los acuíferos del Campo de Dalías, zonas de Níjar, de Huércal-Overa y Pulpí, del bajo Andarax, y zona occidental de la provincia de Huelva]. Esta potestad de adoptar las medidas que en cada caso se consideren necesarias para combatir posibles futuras sobreexplotaciones de acuíferos sigue estando prevista en el artículo 56 del Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. Un estudio, menos conocido quizá, sobre *La Piel de la Tierra*, del profesor don Jaime Íñiguez Herrero, Ordinario de la Facultad de Ciencias, de la Universidad de Navarra, Pamplona 1990, fundamental para entender el comportamiento de las aguas, he podido utilizar también. La relectura de novelas como *El río que nos lleva*, de José Luis San Pedro, o *El Jarama*, de Sánchez Ferlosio, me han servido para entender el problema de la compleja relación del Hombre de Campo (no del urbana, del político tampoco) con las aguas de los ríos y de los lagos. Datos de la reciente historia del nuevo Estatuto de Andalucía que me ha proporcionado el autor del libro comentado me han permitido, por último, comprender algunos problemas jurídicos del Guadalquivir, y el valor simbólico de este río para Andalucía.

2. *La cuenca del Duero* y sus afluentes y aprovechamientos. Geológicamente constituye un amplio anfiteatro que coincide casi exactamente con la submeseta septentrional, delimitado al Norte por la *Cordillera Cantábrica*, al Este por la *Cordillera Ibérica*, al Sur por el *Sistema Central* y al Noroeste por las *sierras del norte de Portugal*.

De las cuencas de la Península Ibérica, la del Duero es, por su extensión (98.160 km. cuadrados), la mayor, y de las cuencas españolas (prescindiendo,

que la mayor parte de sus aguas acuda hacia el costado de Poniente; la Meseta escurre también hacia ese flanco; el seno bético está abierto y hundido hacia el golfo de Cádiz. f) En los colectores fluviales se habla desde siempre de margen derecha o izquierda, que es tanto como suponer que el espectador está mirando en la dirección habitual de las aguas. Curiosamente en las divisorias montañosas, fronterizas o camineras no se distingue nunca un lado del otro.

por tanto, de la parte correspondiente a Portugal) la segunda (superada por la del Ebro en unos 7.000 metros cuadrados).

La altura máxima de la cuenca del Duero se sitúa a 2.825 metros donde nace el río, y su altura media es superior a los 800 en la mayor parte de la extensa penillanura salmantino-zamorana, por lo que puede afirmarse que la del Duero es, por su altitud media la mayor de las cuencas de España.

Nueve provincias tienen sus respectivas capitales en el extenso territorio que abarca la parte española de la cuenca del Duero. Para conservar en la retina la posición geográfica de esas nueve capitales dentro de la cuenca, me ha parecido didácticamente útil dividir la cuenca en tres tramos, de forma y manera que, partiendo de Oriente, que es donde nace el río, y llegando hasta la frontera de Portugal, en cada uno de ellos figuren tres de esas capitales de provincias, que vistas de Norte a Sur, serían estas: a) Primer tramo. Burgos, Soria y Segovia; b) Segundo tramo. Palencia, Valladolid y Ávila; c) Tercer tramo. León, Zamora y Salamanca.

Cierto es que esos tres tramos sólo aproximadamente coinciden con las llamadas regiones naturales, pero la metodología que propongo —que quizá sólo es posible aplicar en esta cuenca— me ha permitido entender la relación entre cuenca, cauce, río y ciudad.

Como es sabido de muy antiguo⁴ la Península Ibérica está basculada de Oriente a Occidente, por lo que la caída de las aguas sigue en principio esa dirección. Así es en Galicia, así también en la Meseta Central, y así en el Golfo de Cádiz. Lo cual no impide que haya lugares en los que, la peculiar orografía del terreno favorezca la aparición del fenómeno de la captación de cauces.

a) Primer tramo. Se inicia, como he dicho, en el Oriente de la cuenca, y las tres ciudades que incluye vistas de Norte a Sur son Burgos, Soria y Segovia, pero su posición geográfica en dirección Este-Oeste es esta: Soria, Burgos y Segovia.

⁴ El geógrafo griego Estrabón, que debió nacer el año 64 ó el 63 a. C. y morir el 24 ó 25 de d. C., es autor de la primera obra de Geografía de concepción moderna, y sus conocimientos, espíritu crítico y estilo literario admiran incluso los estudiosos de nuestros días. Pues bien, al referirse a la Turdetania (esto es, a la Baja Andalucía) decía que Iberia en ese lugar *está vuelta por completo al lado de occidente*.

El río Duero, como tal, desde su nacimiento en la vertiente oriental al pie de los Picos de Urbión (que tienen 2.252 m. de altitud, con lo que dicho está que su manadero se encuentra situado algo más abajo) hasta su desembocadura en Oporto, recorre 913 km., y en la penillanura soriana⁵, se encaja perfectamente en los derrubios⁶ pliocénicos y cuaternarios que la recubren. Cerca de Soria recibe por su “margen izquierda” al río Tera, y después de pasar por la ciudad, se dirige al sur abriéndose su valle sobre los sedimentos blandos del terciario de la Meseta, en la que, aguas abajo de Almazán toma la dirección hacia el Oeste que mantendrá ya hasta el mar. Por su “margen derecha” le llegan las aguas de la Cordillera Cantábrica concentradas en algunos afluentes caudalosos, tales como el Pisuerga, el Valderabuey y el Esla.

Ahora debo hablar del *Arlanzón*, que es el río de Burgos. Nacido en la Sierra de la Demanda, el Arlanzón, que inicialmente había tomado el rumbo hacia el Oeste, al llegar a Burgos toma la dirección Suroeste y se dirige directamente a encontrarse con el Arlanza que desembocará en el Valderabuey.

Por lo que respecta a *Segovia*, su río es el *Eresma*, que nace al pie del Puerto de Navacerrada, atraviesa los pinares de Valsaín, acercándose a La Granja de San Ildefonso para girar luego hacia el Duero donde desemboca después de recibir las aguas del río Adaja que, como luego se verá, es el río de Ávila.

b) Segundo tramo. Palencia, Valladolid y Ávila son las capitales de provincia que, de Norte a Sur encontramos en este tramo.

El Carrión es el río de Palencia, que queda a su lado y ligeramente en alto. El Carrión⁷ nace en plena Cordillera Cantábrica en un valle glacial cuaternario, entre la Cordillera Cantábrica al Norte, y Peña Prieta al Sur. Cuando todavía es apenas un cauce incipiente se le unen algunos arroyos que dan lugar a «un río caudaloso y de fuerte pendiente que busca salida al llano». En Carrión de los Condes se cruzan la vía romana que circulaba río arriba desde el sur, y el Camino de Santiago. Poco antes de Dueñas el Carrión vacía sus aguas en el Pisuerga.

⁵ Penillanura es un territorio que se origina por un prolongado proceso de erosión (María Moliner, *Diccionario del uso del español*, Gredos/Círculo de lectores, 2007).

⁶ Derrubio es el almacenamiento de tierra u otro material que se produce por la acción disgregadora o de arrastre del agua de un río o de la lluvia (*Ibidem*).

⁷ Carrión es diminutivo medieval de *Carria*, que significa camino (J. González, *Historia de Palencia*, Palencia, 1984, págs. 180–183, citado en la *Guía de los ríos de España*, pág. 145–146).

El río de Valladolid es el Pisuerga. La tan manida frase «aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid», que se emplea para devaluar argumentos «traídos por los pelos», no impide la certeza de esa afirmación. Nace el Pisuerga en la Cueva del Coble (que, por corrupción semántica, suele llamarse sin base alguna, ni geológica ni filológica, Cueva del Cobre) en el fondo de un valle que forman Peña Labra, el pretenciosamente llamado *Pico de los Tres mares* y el *Alto de Valdecebollas*⁸. Tampoco cabe decir que la Esgueva (uno de los pocos ríos femeninos de la Península, aunque los vallisoletanos, según les peta, emplean tanto el femenino como el masculino) sea el río de Valladolid, sino un afluente del Pisuerga.

Por último, en este segundo tramo está situada *Ávila, cuyo río es el Adaja*, que desde su nacimiento va drenando hasta Ávila todas las aguas del valle de Amblés, y que al llegar a Ávila dobla hacia el norte dejando en alto la ciudad amurallada, que es la ciudad vieja, de cuya restauración han dado noticia los *media* en estos días de enero en que me hallaba redactando estas páginas. El nombre de Adaja parece que deriva de la voz árabe *Asdaya*, que es el nombre de una tribu beréber del norte de África de las que emigraron a la Península en el año 955. Nace el Adaja en La Serreta, drena todas las aguas del valle de Amblés hacia Ávila, y dejando luego en alto la ciudad amurallada gira hacia el norte cruzando la Sierra de Ávila por un angosto valle de granito, entra brevemente en Segovia y, dejando Olmedo a la derecha, se une al Eresma y más tarde al Duero.

c) Tercer tramo. Llegamos así al último tramo de nuestro particular recorrido por la cuenca del Duero, tramo en el que se encuentran ubicadas, de norte a sur, León, Zamora y Salamanca.

El río de León es el Bernesga que, aguas debajo de esa ciudad desemboca en el Esla, el cual irá luego a desembocar en el Duero, a media distancia entre Zamora y la frontera de Portugal.

⁸ Los autores de la *Guía de los ríos de España*, critican la denominación de Tres Mares, y prefieren la de *Pico de las Tres aguas* que dicen haber oído emplear en las tierras del Alto Pisuerga para la cumbre donde nacen las escorrentías del propio Pisuerga, el Nansa y el Híjar que es afluente del Ebro. Con lo que, en definitiva, con aquella pretenciosa denominación se está haciendo una pura constatación de lo obvio: que las escorrentías del Pisuerga acaban en el Atlántico, las del Nansa lo hacen en el Cantábrico y las del Híjar en el Mediterráneo. Asimismo critican el topónimo “Alto de Valdecebollas” porque esa verdura no existe en aquellas alturas.

El río de Zamora es el mismo río Duero con el que, junto a la misma ciudad, confluye el Valderabuey. En la misma Zamora, aprovechando el vado, cruzaba en tiempos, sobre el Duero, la antigua calzada romana que unía Astorga con Miranda.

El río de Salamanca es el Tormes, que recoge la mayor parte de las aguas de la vertiente occidental de la Sierra de Gredos, y que hasta El Bierzo de Ávila, “por la margen izquierda” recibe las escorrentías de las numerosas gargantas glaciares que bajan del Alto Gredos, y por la “margen derecha” le llegan cauces menos importantes desde la Sierra de Villafranca. Debo prescindir de otros muchos datos hidrológicos y puramente históricos en relación al Tormes y a la misma Salamanca que recogen los autores de la *Guía*. No quiero omitir, sin embargo, este hecho físico cuya causa eficiente es el río: «Cerca de Salamanca está Villamayor de donde se han extraído durante siglos unas areniscas rubias del Terciario inferior que permiten una labra muy fina; con ellas están construidas la mayor parte de los edificios históricos de la ciudad y gracias a estos materiales el plateresco de Salamanca alcanza el extraordinario grado de detalle que lo ha hecho con razón famoso, Al color de estas areniscas se debe que Salamanca sea conocida como la ciudad dorada».

d) El canal de Castilla. El premeditado propósito de la brevedad no excusaría que este apartado sobre el Duero careciera de una mínima referencia al Canal de Castilla, ideado para enlazar la zona triguera de Tierra de Campos con Santander. Su construcción se inició en 1753 y se dio por terminada, después de no pocas dificultades y largas interrupciones en 1849, sin llegar a ejecutar del todo el proyecto primitivo. Con una extensión de más de 200 km., su anchura oscila entre 10 y 20 metros y su profundidad entre 2 ó 3 metros. Tuvo en tiempos juegos de esclusas que facilitaban la navegación y que hoy han desaparecido.

3. *La cuenca del río Tajo* y sus tributarios. El río Tajo, que durante sus primeros 910 kilómetros discurre por suelo español, y luego se hace portugués cambiando de nombre y de fonética para llamarse Tejo y recorrer luego otros 210 kilómetros recreciéndose con aguas de su nueva patria (el río Ocrece y el Zécere por la margen derecha, y el Muge, el Sorraya, y el Santo Estevao, por la izquierda) hasta desembocar en el Atlántico formando un amplio estuario, en la parte española de su cuenca ocupa una «superficie alargada de Este a Oeste que está limitada al Norte por el Sistema [orográfico] Central, a Levante por la Cordillera Ibérica, y al Sur por los Montes de Toledo». Revestido de su doble nacionalidad es el río más largo de la Península Ibérica.

Aunque acabará dirigiéndose hacia el Oeste para desembocar en el Océano Atlántico, el río Tajo nace en tierras de Teruel, en los Montes Universales, cerca de la llamada Muela de San Juan, frente por frente a la cabecera de tres ríos que corren buscando el Oriente donde, a menos de 200 km., está el Mediterráneo. Estos ríos son el Júcar, el Cabriel, que desemboca en el mismo Júcar, y el Guadalaviar. Así pues, el Tajo, que desde su nacimiento se dirige hacia el noroeste, y tras un breve recorrido por Aragón, entra en lo que se llamaba Castilla la Nueva, en el punto en que se encuentran las provincias de Teruel, Cuenca y Guadalajara, para correr hacia abajo a Peralejo de las Truchas, cerca de donde tenía lugar en tiempos lo que se llamaba el “embarque de la *maderada*”, desde donde los *gancheros* dirigían los troncos río abajo hasta el Real Sitio de Aranjuez en que tenía lugar “la saca de la *maderada*”. José Luis San Pedro, economista y académico de la lengua, publicó en 1961 un bello libro, *El río que nos lleva*, en que narra la epopeya de ese viaje lleno de peligros por «el alto Tajo [que no es] una suave corriente entre colinas, sino un río bravo que se ha labrado a la fuerza un desfiladero en la roca viva de la alta meseta». Describe en ese libro cómo los *gancheros*, sirviéndose de un astil de casi dos metros, uno de cuyos extremos estaba abrazado por un arco de hierro del que salía hacia adelante un pincho recio para rechazar los troncos, en tanto que a la inversa había un garfio para acercarlos, dirigían el viaje de los palos que iban sueltos –no sujetos como en las almadias– formando una especie de entarimado inestable que se movía a la velocidad de las aguas del río, a las veces suave, rápida otras, e incluso violenta en los imponentes desfiladeros del alto Tajo. Y sobre ellos, con los pies desnudos que se quedaban helados por el frío, los *gancheros* hacían su trabajo. El libro, dividido en tres partes, utiliza como rúbricas de cada uno de los correspondientes capítulos el nombre de los lugares, más o menos próximos al río por el que los *gancheros* conducen «los largos maderos, pinos cortados y descortezados». Los nombres con sabor a castellano antiguo, de esos lugares que le huyen al río, «asustados por las bajadas al barranco y temerosos de las riadas, al que apenas los pastores y los trajinantes se le acercan por necesidad, pues sólo los *gancheros* conviven con él», son: La Escareluera, Alpetea, Huertahernando, La Tagüenza, Oterón, Ocentejo, Sotondo, Hazañón, Trillo, Viana, La Esperanza, Entrepeñas, Anguix, Zorita de los Canes, Mazuecos, Buenameson, El Regolfo, Real Sitio.

Durante su curso por suelo español, el Tajo recibe “por la margen derecha” las aguas de los ríos Guadiale, Jarama, Lozoya, Henares, Manzanares, Tajuña, Guadarrama, Tiétar y Alagón; y “por la izquierda”, ríos cortos y de escaso caudal como el Guadiola, el Pusa, el Almonte y el Sabor.

Pese a que la exposición que estoy haciendo no pretende ir más allá de un mero apunte orientador, al ocuparme de la cuenca del Tajo no puedo omitir

—aun manteniendo ese criterio— una referencia a los dos sistemas de aprovechamiento de este río: el industrial y energético, y el del agua misma vía trasvase. *Sistema de aprovechamiento industrial y energético*. Consta de dos tramos: “Tramo 1º”. Se halla instalado en él el gran sistema regulador de Entrepeñas–Buedía con una presa sobre el Tajo y otra sobre el Guadiela, que están unidas por un túnel y que, en sendas centrales a pie de presa, acciona generadores de 92.150 kw. de potencia total. Siguen luego la presa de Bolarque que acciona dos centrales de 28.000 y 280.000 kw., respectivamente; La de Zorita y la de Almoguera que accionan cada una 10.560 kw. Un gran número de pequeñas centrales generan un total 7.765 kw.; más adelante, el Salto de Castrejón produce una potencia de 76.800 kw.; y poco antes de El Puente del Arzobispo, el embalse de Azután genera una potencia de 180.000 kw. “Tramo 2º”. La central del embalse de Valdecañas, inaugurado en 1965, produce 225.000 kw.; el contra embalse de Torrejón, 130.000 kw.; aguas abajo, la presa de Alcántara, 915.200 kw.; y, por último, ya en la frontera de Portugal el embalse de Cedillo alimenta una central de 440.000 kw. *Sistema del trasvase Tajo–Segura*. Se trata de una idea contenida ya en el Plan de Obras Hidráulicas de 1933, pero que no se aprobó hasta el año 1967 en que se iniciaron los trabajos que terminaron a principios de la década de 1980. Este sistema no se estudia en la *Guía de los ríos de España* que vengo utilizando. La explicación de ese vacío trasparece en estas palabras que sus autores incluyen en la página 196: «Es una obra sin duda polémica por la importante intervención que supone sobre el territorio y porque, en definitiva, beneficia a unos en detrimento de otros. Es tema, por tanto, político, que cada cual interpretará según sus particulares criterios». Así las cosas, debo decir que lo que sigue a continuación sobre el citado trasvase procede de la «Enciclopedia Universal Larousse», de la que también he tomado bastantes datos relativos al sistema industrial y energético. El trasvase, completado en 1980, consiste en una red de canales y embalses que comunican el Tajo con el Júcar y, a través de éste con el Segura. Una parte del ya conocido embalse de Bolarque (sobre el Tajo) se dirige hacia el de Alarcón (sobre el Júcar), y desde este último se transfieren al de Talave (sobre el río Mundo, que es el más importante afluente del Segura, como es sabido).

4. *La cuenca del Guadiana, con especial referencia a las lagunas de Ruidera*. Del río Guadiana —que no debe confundirse con el llamado Guadiana Menor (río de gran cuenca: casi 7.000 km.), que es un afluente del Guadalquivir, el cual recibe sus aguas por la orilla izquierda— se ha podido decir con razón que es el más pobre en aguas de los ríos mayores de la Península Ibérica. Mayoría que se le atribuye, no tanto por la abundancia de su caudal cuanto por la longitud de su cauce una parte del cual, no ya es que hace frontera, río abajo, con Portugal sino que penetra en el Algarve portugués, para volver luego a la línea fronteri-

za con España y desembocar en Ayamonte en un amplio delta. La cuenca del Guadiana es alargada y tan estrecha que pareciera no permitir la existencia de afluentes. Precisar el lugar de su nacimiento es, de hecho, imposible pues la parte más oriental de la cuenca «es un “plato” hidrológico, un acuífero único, sin división ostensible». Los ríos Záncara y Gigüela –con G, que es como según parece pronuncian los ribereños– nacen juntos en las cercanías de Cuenca, «ríos de pobres caudales y aguas salitrosas, pero de violentas crecidas» que al llegar a la Mancha Húmeda, así llamada por sus numerosas lagunas, se pierde en el citado “plato”, para reaparecer luego en los famosos “ojos del Guadiana”, en plena llanura manchega.

Esas lagunas son las famosas de Ruidera, resultantes, tanto ellas como el río Guadiana, de las artes mágicas del mago Merlín según cuenta Cervantes en los capítulos XXII y XXIII de la *Segunda Parte del ingenioso caballero don Quijote de la Mancha*.

Quince son esas lagunas –diez y siete computan otros– alineadas en un plano inclinado de unos veinticinco kilómetros de longitud, y cuya inclinación general es del 0,5%, lagunas que están conectadas entre sí por pequeñas represas naturales. Cada laguna mide aproximadamente 800 metros y su profundidad media es de 250 metros. Empezando por la situada más arriba, esas quince lagunas son: la Blanca, Concejo, Tomilla, Tinaja, San Pedro, Redondilla, Laguna Salvadora, las dos Batanas, Laguna Colgada, la del Rey, Cueva Morenilla, Laguna Coladilla, y Laguna Cenegal.

Prescindiendo de otros detalles, lo que contó don Quijote, al salir de «la cueva de Montesinos, que está en el corazón de la Mancha» (cap. XXII), «cuya imposibilidad y grandeza hace que se tenga por aventura apócrifa» (cap. XXXIII), y por tal la tuvieron Sacho Panza y el estudiante que se unió a ellos poco después de la aventura de los leones, es esto: El cadáver que allí vio era de «Dunandarte, flor y espejo de los caballeros enamorados y valientes» y primo de Montesinos, el cual, junto con el escudero Guadiana, la dueña Ruidera y sus hijas, y dos sobrinas habían sido encantados por el mago Merlín. Pero tanto lloraron las mujeres por el caballero Dunandarte que «por compasión que debió tener Merlín dellas las convirtió en otras tantas lagunas, que ahora en el mundo de los vivos y en la provincia de la Mancha las llaman de Ruidera; las siete son de los Reyes de España, y las de las dos sobrinas de los caballeros de una orden santísima que llaman de San Juan [de Jerusalén]». Y compadecido también del llanto del escudero Guadiana, «lo convirtió en un río llamado de su mismo nombre, el cual cuando llegó a la superficie de la tierra y vio el sol del otro cielo, fue tanto el pesar que sintió de ver que os dejaba [a

Montesinos] que se sumergió en las entrañas de la tierra; pero como no es posible dejar de acudir a su natural corriente, de vez en cuando sale y se muestra donde el sol y las gentes lo vean. Vanle administrando [suministrando] de sus aguas las referidas lagunas y con otras muchas que se llegan entra pomposo y grande en Portugal. Pero, con todo esto, por dondequiera que va muestra su tristeza y melancolía, y no se precia de criar en sus aguas peces regalados y de estima, sino burdos y desabridos, bien diferentes de los del Tajo dorado; [...]».

5. *Cuenca del río que en el siglo XIII se llamó Betis, y así se le llama todavía en ocasiones, y al que los árabes llamaron Guadalquivir (río Grande)*. Para entender los problemas que ha planteado y sigue planteando, el Guadalquivir hay que empezar distinguiendo entre lo que es, o fue, la fosa bética, que es el origen y asiento principal de este río, y lo que ha acabado por ser una cuenca que ha superado ampliamente, triplicando la fosa matriz, rebasando lo que hoy es Andalucía como territorio y como sujeto político (esto es: lo que actualmente se llama Comunidad Autónoma de Andalucía). De ello hablaré en un apartado posterior de este comentario. El mapa, que en el libro de Arenillas Pardo y Sáenz Ridruejo, acompaña el estudio de *la cuenca del Guadalquivir* nos permite ver que constituye ésta «un vasto triangulo alargado, cuya base menor es el Golfo de Cádiz y su vértice opuesto Villacarrillo», y se nos advierte cómo «el lado norteño, que estructuralmente corresponde al reborde de la Meseta en Sierra Morena, tiene nítida terminación en un conjunto de flexuras y fallamientos, que tradicionalmente se han venido llamando “falla del Guadalquivir”. El río se halla prácticamente ceñido a ella entre Linares y las proximidades de Sevilla. Dicho esto y reiterando la advertencia de que la evolución geológica ha cambiado la morfología del territorio, y la cuenca la ha superado ampliamente, basta a los efectos de proporcionar al lector que lo necesite una visión global del panorama hídrico de la Península, incluyendo también las islas Baleares y las Canarias con relacionar los afluentes del Guadalquivir que son estos: por “la margen derecha”: Guadalén, Guadalmina, Jándula, Guadalmellato, Guadiaro, Bembézar, Viar, Ribera de Cala y Ribera de Huelva. Por la “margen izquierda” los más importantes son el Guadajoz, el Genil (con su red de afluentes) y el Guadiana Menor».

6. *Humedales de Andalucía*. Lorenzo Pardo llegó a catalogar 2.474 lagos, lagunas y marismas en España, y Andalucía «por su situación, extensión, geología, geomorfología e hidrología, rica en humedales [y cuyo territorio] con lluvias escasas, fuerte insolación, frecuentes sequías, y acusado déficit hídrico» a modo de contrapunto a esas condiciones adversas, esos humedales constituyen áreas de gran capacidad biológica, que contienen importantes acuíferos, elementos paisajísticos de gran belleza, con fauna y flora peculiar, donde anidan

o permanecen durante más o menos tiempo, y según las preferencias o procedencias de las diversas especies, aves migratorias, tales como el flamenco, el pato real, el pato cuchara, el silbón, el pato colorado, el porrón común y moñudo, la focha común, y la polla de agua. Todos ellos, en mayor o menor medida, ofrecen interés científico, educativo y ambiental⁹.

a) Laguna de Fuente Piedra. Es el más grande de los humedales andaluces, y se encuentra situada al Noroeste de la provincia de Málaga, a unos 400 m. de altitud, cerca de Antequera, a menos de 100 km. de la capital, y casi en el límite de la provincia de Sevilla. Un conjunto de emergencias –artificiales varias de ellas, isletas por ejemplo– la recorren en sentido longitudinal y transversal, de forma que favorecen el ciclo biológico de las aves. Como es lógico, se han construido también los necesarios puntos de observación. Conocida ya desde el tiempo de los romanos, en los siglos XVI, XVII y XVIII, por la excelencia de sus aguas como remedio para las enfermedades de piedra en los riñones y vejiga, hubo que clausurarla en el XIX por estar contaminada. Fue a finales del siglo cuando se puso de manifiesto el interés salinero de la laguna, y su importancia para la avifauna a la que «sirve de “aeropuerto” de paso a un gran número de aves en sus movimientos migratorios hacia África, a donde se dirigen en otoño y Europa adonde vuelven en primavera». Por Ley 1/1984, del Parlamento Andaluz, la laguna de Fuente Piedra fue declarada Reserva Integral.

b) Humedales del sur de la provincia de Córdoba. La constituyen tres lagunas de aguas permanentes (Zoñar, Rincón y Amargo) y otras tres de aguas no permanentes (Salobral, Tíscar y Jarales). La del Zoñar y la del Rincón se encuentran en el término municipal de Aguilar de la Frontera, y la de Amargo en el de Lucena. La Junta de Andalucía declaró, al conjunto de estas lagunas, Reserva Integral en 1984.

c) Humedales de la provincia de Cádiz. Comprende un total de doce lagunas cuyo interés científico y ecológico llevó al parlamento de Andalucía a aprobar la Ley de Reservas Integrales de 1987. La de *Medina*, la más importante por su extensión e interés ambiental, se encuentra situada en el centro de la provincia. El segundo núcleo, que es el de *Espera*, forma parte de otro mayor que continua en la provincia de Sevilla, pero las lagunas a preservar (Hondilla, Dulce y Salada) se localizan en el término municipal de Espera, en el sector

⁹ Blanca Tello y F. López Bermúdez, *Guía física de España*, nº 4, *Los lagos*, Alianza editorial, Madrid 1988, especialmente págs. 136–188.

norte de la provincia, próximo al límite de Sevilla, y su zona de protección es de 380 Ha. El núcleo *Chiclana*, con dos lagunas (Jeli y Montellano) se encuentra al Noroeste del término municipal de su nombre, y su zona de protección es de 518 Ha. El núcleo *Puerto Real*, con tres lagunas (Comisario, 40 Ha., San Antonio, 26 Ha., y Taraje, 37 Ha.), tiene una zona de protección que las circunda y que es de 735 Ha. Por último el de *Bahía*, situado en el término municipal de Puerto de Santa María, con tres pequeñas lagunas (Salada, 36 Ha., Juncosa, 11 Ha., y Chica, 15 Ha.) situadas a unos 10 km. del casco urbano tienen un área de protección de 228 Ha. [Obsérvese que en este caso, como en otros muchos, aunque la extensión de las lagunas es muy pequeña, el área de protección es bastante mayor. Y ello es así porque de otra manera la protección no sería efectiva. En algún caso se ha considerado necesario, incluso, cerrar con rejas de hierro la totalidad del Área].

d) Humedales de Campillos. Se encuentran situados en la provincia de Málaga, término municipal de Campillos y está constituido por siete lagunas (Dulce, Salada, Redonda, Capacete, Cerero, La Marcela, y Lobón) que rodean al pueblo. Importa tener en cuenta que el término municipal de Campillos está favorecido por las lluvias que llegan desde la Sierra de Grazalema, dada la posición de ésta abierta a los vientos del Atlántico.

Yo, que tengo familia en Campillos, tuve ocasión de visitar la laguna de Capacete en primavera (en el año 2010, con motivo de la Primera Comunión de una sobrina-nieta). Desde el pueblo se va por carretera a esa laguna, situada a muy pocos kilómetros, y al llegar a su altura es fácil el acceso a pie hasta el observatorio, obviamente acristalado, desde el que, cómodamente sentado, se puede contemplar la avifauna, que el día en que yo lo visité era mayoritariamente de flamencos. Pues bien, quien necesite tener información completa de los humedales de Campillos debe consultar el blog www.csicampillos.blogspot.com, que lleva funcionando desde 2008. La iniciativa de abrir este blog se le ocurrió a un niño que en esa fecha tenía poco más de nueve años y que se llama Alejandro Rodríguez Sánchez. Su padre y su madre son veterinarios en la localidad de Campillos. Los fines de semana, ese niño, con otros amigos de su edad, se dedicaba a excursionar alguna de las siete lagunas que rodean el pueblo, saciando la curiosidad que despertaba en ellos la bullente vida de la avifauna que señorea esas lagunas, hablando con las gentes de la zona. Aprender divirtiéndose llamo yo a esto. El niño –hoy ya un adolescente: cumplirá 14 años en agosto de este 2011–, que empezaba ya en aquellas fechas a manejar el ordenador que sus padres tienen en casa, solía anotar, durante los restantes días de la semana, los datos que había recogido durante su paseo por el humedal. Un buen día propuso a sus padres que le ayudaran –sus conocimientos

informáticos no iban tan lejos— a abrir un blog para poder publicitar así la existencia de aquellos humedales tan queridos para él. Fue así como empezó la aventura. Los primeros sorprendidos fueron sus padres cuando al poco tiempo el blog empezó a recibir visitas. En la fecha en que esto escribo, febrero de 2011, el blog ha recibido más de 5.000 visitas, muchas de ellas desde el extranjero.

La redacción de las líneas que preceden sobre los humedales de Campillos ha coincidido con la celebración del *40 aniversario del día mundial de los humedales (1971–2011)*. Es así como he sabido —pues lo ignoraba— que en 2 de febrero de 1971 se aprobó la Convención Internacional para la protección de Humedales de importancia internacional, también llamado Convenio Ramsar, por la ciudad iraní donde se firmó.

160 países han firmado este Convenio, y los 1.911 espacios que incluye cubren una superficie total de unos 187 millones de hectáreas. En la actualidad en esa lista de Humedales de Importancia Internacional figuran hoy 73 humedales de España.

7. *Cuenca del Ebro*. Sigue luego el estudio del *Ebro*, la historia geológica de cuya fosa describen detalladamente los autores de la *Guía de los ríos de España*, y cuya forma es aproximadamente triangular, con el vértice en Reinosa y su base en el Mediterráneo, desde el límite de la frontera con Francia hasta Tortosa, con el aditamento de los numerosos ríos tributarios.

Con un recorrido de 920 km., el río Ebro es el mayor colector de la vertiente mediterránea. Nace en el Pico de los Tres Mares, en la Sierra de Peña Labra, y su extensa cuenca de 85.820 metros cuadrados, empieza abriéndose aguas abajo de Reinosa¹⁰, y bordeando por el Norte los páramos burgaleses va recibiendo, hasta desembocar en Tortosa, los siguientes afluentes: por la “margen izquierda”,

¹⁰ Sobre el nacimiento del Ebro, los autores de la *Guía* hacen una precisión que me parece del máximo interés: «puestos en Reinosa [...], las fuentes *oficiales* del río están a dos pasos, basta caminar una legua: El gran manadero queda junto a la carretera que une la villa campurriana con Cabuérniga. Y decimos *oficiales* porque si bien, según los manuales escolares y la parlante etimología, en Fontibre está la fuente del Ebro, la realidad geológica es bien distinta: los más o menos 500 litros por segundo que brotan de las calizas mesozoicas en el ameno y umbrío paraje son resurgencia de las aguas del río Híjar, de un valle paralelo por el sur que las pierde al llegar en Paracuellos [no confundir con Paracuellos del Jarama], en el Campoo de Suso. Los caudales proviene de las nieves de Peña Labra, con sus antiguos glaciares y sus alturas por encima de los 2.000 metros».

el Nela, el Zadora, el Ega, el Aragón (que recibe las aguas del Arga, El Cidacos, el Irati y el Esla), el Arba, el Gállego, y el Segre (con tres importantes afluentes: el Cinca, el Noguera Ribagorzana y el Noguera Pallaresa). Por la “margen derecha” recibe, a su vez, procedentes de la cordillera Ibérica, numerosos afluentes poco caudalosos, tales como el Oca, el Tirón (con su afluente el Oja), el Najerilla, el Iregua, el Leza, el Cidacos, el Alhama, el Queiles, el Huecha, el Jalón, el Huerva, el Aguas Vivas, río Martín, el Guadalope, y el Matarraña.

Cincuenta y una páginas dedican los autores de la *Guía de los Ríos de España* al estudio de la cuenca del Ebro (págs. 238–289) y el amor con que han escrito su libro se hace, si cabe, más intenso en estas páginas. Sus descripciones son tan elegantes y completas que el lector experimenta la sensación de estar viendo –cuando hablan, por ejemplo, del río Aragón– el curso de las aguas que atraviesan «las bravas foces defendederas de el Aragón Subordán que se acoge al valle de Hecho tras las angosturas de la Boca del Infierno», o cuando se refieren a «la enricada Abadía de Leyre, con su iglesia románica y su cripta prerrománica, lugar tan a mano y recoleto que San Virila durmió en él más de un siglo arrullado por los pájaros».

El lector se identifica también con el entusiasmo de los autores cuando –hablando luego del río Gállego– se refieren a los numerosos lagos de montaña que generaron los hielos, y aprenden que ese tipo de lagos se llaman “ibones” en el Pirineo Central, y que, aprovechados en saltos de agua que «han sido obras ingenieriles de mérito, por la inaccesibilidad de los pasos (como el llamado “del Oso”, en el Aguas Limpias) y las condiciones meteorológicas en que se han construido». Y hablando de las obras hidráulicas que se hicieron en el Cinca, proclaman su respetuosa admiración por quienes las hicieron, subrayando que «las realidades han ido casi tan lejos como los sueños de los precursores de los riegos del Alto Aragón, que es tanto como decir de los impulsores de los grandes regadíos españoles». Y añaden por nota: «la bibliografía de entre siglos y de principios del XX sobre el tema es prácticamente ilimitada. Desde los ardorosos discursos de Joaquín Costa (por ejemplo: *Política hidráulica Misión social de los riegos España*, Madrid 1911) a los proyectos técnicos de Nicolau y F. de los Ríos (por ejemplo: *Proyecto de riegos del Alto Aragón: Sobrarbe–Somontano–Monegros*. Barcelona, 1913), las reales órdenes de Gasset o las predicaciones y planes posteriores de Lorenzo Pardo (por ejemplo: *La conquista del Ebro*. Zaragoza 1931, el Plan Nacional de Obras Hidráulicas de 1933 o *La confederación del Ebro. Nueva política hidráulica*. Madrid, 1930).

Por si el Ebro anduviera todavía escaso de caudal cuando, después de pasar por Zaragoza, va aproximándose a su desembocadura, recibe la importan-

te aportación que le proporciona el río Segre y sus afluentes, que son, por el orden en que le van llegando, los dos “noguera”¹¹, el Noguera Pallaresa, primero, y el Ribagorzana después y luego el Cinca que, a su vez, ha recibido las aguas del Ara, del Esera y del Isabena, y más adelante las del Flumen y las del Alcamadre. El Segre tiene su cabecera en suelo francés, y después de atravesar la zona situada entre el Pirineo y la sierra del Cadí, que es la última sierra pirenaica, y que desde Puigcerdá a la Seo de Urgell atraviesa una zona de gran importancia turística debido a las instalaciones para los deportes de invierno, entrando luego, con gran caudal, en la comarca de Balaguer, en un valle amplio que los autores de la *Guía de los ríos de España* califican de «la más extensa huerta española, la de Lérida, que cuenta entre las más antiguas del país».

El Ribagorzana tiene su cabecera en un anfiteatro de Picos de unos 3.000 metros de altitud. El Puerto de Viella, es la silla donde se asienta el Puerto de Arán, de unos 2.700 metros de altitud, y el acceso al mismo se facilitó a finales de la década de los sesenta con el túnel de Viella.

Al igual que ocurre con las marismas del Sur de España, las zonas delticas son formaciones de transición entre el medio marino y el medio terrestre o, por decirlo de otra manera, entre el agua dulce y el agua salada. Quien necesite información sobre «el delta del Ebro, en sus aproximadamente 350 km. cuadrados de superficie y un espesor que en la desembocadura del río llega a alcanzar los 70 m. hoy [ese hoy es 1988, fecha de la publicación del libro al que remito] y desee también saber de los factores que han condicionado su existencia, debe consultar la *Guía física de España*¹².

8. *La Vertiente cantábrica*.¹³ Como la distancia que media entre la divisoria de aguas de la Cordillera Cantábrica y la costa oscila entre los 30 y los 80 km., los ríos que desembocan en el mar Cantábrico suelen ser *my cortos*, hasta el punto de que la red de los mismos, sólo rara vez adopta la forma arborescente. Pese a todo, esos mismos ríos suelen ser *caudalosos* porque el sector septentrional de la Península Ibérica es abundoso de lluvias, por estar abierto a los vientos marinos, en particular los del noroeste.

¹¹ Significante que, al parecer, guarda relación con lo fluvial, pues hay otros como el Noguera de Tor y el Noguera de Cardós.

¹² Blanca Tello y F. López Bermúdez, *Guía física de España*, Alianza editorial, n° 4, *Los lagos*, Madrid 1988, págs. 248–250.

¹³ Cuanto sigue en el texto es una exposición abreviada al máximo de las páginas 294–303 de la citada “Guía de los ríos de España”, n° 3 de la *Guía física de España*.

Una excepción en cuanto a la longitud la constituye el río *Nalón* que, desde su nacimiento en el puerto de Tarna hasta cerca de Oviedo –su cuenca cubre una extensa superficie del centro de Asturias– se dirige en dirección Oeste–Noroeste en línea casi recta, desapareciendo durante un cierto trecho en suelos de calizas, para después de emerger, girar más adelante en torno a la capital asturiana y, después de recoger las aguas del *Narcea*, ir a desembocar en el Cantábrico, cerca de San Esteban.

Son los ríos del sector central de la Cordillera Cantábrica los que han abierto valles más estrechos y profundos, incluso angostos desfiladeros de inusitada verticalidad, especialmente en el nudo de los Picos de Europa y ello debido tanto a la erosión mecánica de aguas abundantes en cauces muy pendientes, como a la disolución química producida por las propias aguas trabajando sobre macizos calcáreos. El más importante de esos desfiladeros lo ha formado el *Cares*, en los Picos de Europa. Tanto éste como el *Sella* son ejemplo de ríos captadores –de aguas del Duero en uno y otro caso–.

En La Liébana, recogiendo escorrentías de Peña Labra, Peña Prieta y del borde oriental de los Picos de Europa, nace el *Deva*, río de importante caudal, cerca del cual, a pocos km. de Potes está el convento de Santo Toribio donde vivió Beato de Liébana, promotor del culto jacobeo y autor de los Comentarios al Apocalipsis de San Juan.

Colectores santanderinos son el *Asón*, el *Miera* y el *Pas*. El *Asón*, que junta sus aguas con el *Gándara*, y así llega Cantábrico por la ría de Santoña. El *Miera*, nace al pie del Portillo de Lunada, para acabar desembocando en la Bahía de Santander, enfrente de la ciudad. El *Pas* tiene su cabecera entre el Puerto de las Estacas de Trueba, el de la Magdalena y el del Escudo.

Entre otros ejemplos de ríos captadores que se dan en la Península Ibérica, destacan el *Sella* y el *Cares*, captadores ambos del río Duero, que ha perdido todas las batallas. El desfiladero de Beyos, en el borde occidental de los Picos de Europa es obra del *Sella* (hidrónimo que, al parecer, deriva del prelatino *Salia* = “corriente de agua”), que desde el puerto del Pontón se descuelga drenando la depresión de Sajambre. Es, sin embargo, la garganta del *Cares*, al decir de quienes la han visitado –que yo sólo la conozco por una figura que reproducen los autores de la *Guía de los ríos de España*– el desfiladero más grande de los Picos de Europa.

Desde Guipúzcoa hasta el Pirineo Navarro, se abre paso el *Bidasoa*, que en su tramo final sirve de frontera entre España y Francia, ensanchándose en el

valle de Baztán, cuyas aguas lleva hasta el Cantábrico. Por Oeste discurre el *Urumea*, que es el río de San Sebastián, cuyo arrastre secular de materiales ha dado lugar al tómbolo sobre el que se asienta la ciudad.

9. *Los ríos de las rías*. Las divisorias geológicas de las aguas atraviesan Galicia de Norte a Sur, y ello hace que sus ríos vayan rumbeando hacia la costa occidental. Un mapa vertical nos permite visualizar luego *Los ríos de las rías*, donde «como en los fiordos noruegos, se producen magníficos puertos, de gran calado: Vigo, El Ferrol, Villagarcía La costa es de perfil complicado [...]. Las rocas graníticas y metamórficas dan quebradas rompientes a un mar bravísimo cuya costa se llama “de la muerte” en los tramos que para la antigüedad clásica fueron los últimos *thules* y el *finisterrae*». De Norte a Sur los ríos, en una costa labrada por el mar se hacen rías: la del Ferrol y la de Betanzos, primero. Algo más abajo las de Corcubión y de Noya. Y luego las rías de Arosa, Pontevedra y Vigo.

10. *La cuenca del Miño–Sil*. No recuerdo que en el bachillerato que yo estudié (estoy hablando de los años 1941–1947) se manejara el concepto de cuenca. Pero los ríos no sólo los de España, sino de los cinco continentes, además de aprenderlos de memoria con sus afluentes principales los dibujábamos a todo color, pues «hacíamos mapas», que eran de dos clases: mapas políticos –las provincias de España y los Estados de los cinco continentes– y mapas físicos de España con los ríos de las diferentes regiones y las cordilleras y demás manifestaciones orográficas. Y aunque estoy seguro de haber dibujado más de una vez los ríos de Galicia, y por tanto el Miño y el Sil, tengo la absoluta certeza de que no se nos habló de ellos como un haz, que es tanto como decir que constituyen la unidad de una pluralidad (esto es: un sistema) sino simplemente aprendíamos que el Sil era un afluente del Miño. Una de las enseñanzas que me ha proporcionado el estudio de la *Guía de los ríos de España* ha sido precisamente ésta: el tratamiento como elementos interdependientes del Miño y del Sil, lo que conlleva la aceptación de un paradigma (esto es: un diferente modo de ver una realidad): hay dos formas de entender Galicia, «una Galicia exterior y marinera, con perfiles de saudade, y otra interna y dura, más fría y montañosa, representada por la cuenca del Sil –aunque con cabecera leonesa– y la mayor parte de la del Miño». Otra particularidad en la que yo no había reparado hasta ahora es la de que estamos ante: «Dos ríos entre los que cuesta decidir cuál es el curso principal y cuál el afluente». De la Galicia marinera, y de esa cuenca de *los ríos de las rías* he hablado en el apartado precedente; de las respectivas cuencas del Sil y del Miño voy a hablar ahora.

El río Miño viene del Meira, en la Sierra de ese nombre (Lugo), incorporando luego la Fuentemiña. Se dirige primero al Oeste, orientándose luego al

Sureste hasta su desembocadura. Pasa por Lugo, confluye con el Sil en Los Peares, pasa por Orense, y a partir de Notava forma frontera con Portugal (con un puente internacional en Tuy), desembocando finalmente en el Atlántico junto a La Guardia (España) y Caminha (Portugal).

Aunque, para los inicios del 2011 en que escribo estas líneas, las veintinueve páginas que Arenillas Parra y Sáenz Ridruejo dedican al estudio de esta cuenca pueden ser insuficientes, no desmerecen ni en minuciosidad, encanto poético y atención al detalle, de las restantes de su libro. Por otra parte, y a pesar de que, en este caso, la orientación gráfica la ofrecen en un mapa que lo es de los ríos del Norte de España en general, y no específicamente del haz Miño-Sil (pág. 100), la precisión con que informan sobre las 38 presas que existían cuando el libro se publica, en un cuadro a doble página (102 y 103), cuya lectura confirma el carácter sistémico con que está funcionando todo el sistema, y el gusto con que se recrean descubriendo las características del paisaje, y deleitándonos a los lectores con citas de las *Cantigas*, con la descripción del río Miño que hizo Madoz, o la etimología latina de este río que se encuentra documentada en Plinio, en Pomponio Mela, o Estrabón (con cita precisa a pie de página del texto correspondiente). Gusto por la lengua de la tierra en los versos de las *Cantigas* que elogian los caldos de la tierra: «*Assí como eu bebería bon viño d'Ourense*». Precisión al describir las murallas hispano-italicas de Lugo, destacando la etimología latina de la ciudad y paseando al lector por esas murallas, que yo mismo paseé alguna vez y que «tiene 6 metros de ancho, cuya fábrica es de laja pizarreña con puertas de sillar que alcanza de 10 a 15 metros de altura y se flanquean por 70 torres semicilíndricas [...], cinto cuadrilongo de 2.130 metros», que la ciudad rebasó hace tiempo, como es lógico.

Un problema que frecuentemente se plantea en la geografía fluvial es la utilización de hidrónimos semejantes que unas veces designan el lugar donde se producen manaderos fluviales, y otras veces hacen referencia a cuevas o simas donde se pierden las aguas para aparecer más tarde en lugares que pueden ser muy alejados e incluso pertenecientes a una cuenca distinta. Un ejemplo de ello lo ofrece el Pisuerga, del que suele decirse que nace en Sierra Labra, en el límite de la provincia de Palencia con Cantabria, en una amplia caverna, la “Cueva del Coble”. La realidad es que el agua que mana de esa caverna, en forma de abundante caudal, viene de infiltraciones de escorrentías procedentes de las altas cumbres, que se filtran en diversos perdederos, el más importante de los cuales es el de Sel de la Fuente, denominación desorientadora pues lo que allí se produce «tiene más que ver con infiltraciones que con surgencias»: un sumidero ubicado al fondo de una depresión casi circular, por donde se pierden las escorrentías, y «después de un recorrido subterráneo de cierta importancia, es-

tas aguas junto con otras afloran finalmente en la citada caverna». Fenómenos similares de perdederos hídricos se dan en otros lugares, todos los cuales suelen designarse con el vocablo Sel u otro semejante: Sel de Souto (al norte de la cordillera Cantábrica, en la depresión de Matienzo, en Cantabria), Salduero (aguas arriba del embalse de la Cuerda del Pozo, embalse en el que se unen varios ríos que atraviesan la tierra de pinares sorianos, cuyo sufijo indica cual es el río mayor). El nombre de los ríos Sella y Saja tiene ese mismo significado, que es también el del significante Sil, que evoca el origen del afluente del Miño.

Es el Sil «río eminentemente captor de territorios que no le pertenecieron, y que ha llevado sus fuentes a la cuenca cantábrica, más allá de Somiedo, en cuyo Parque Natural (Reserva de la Biosfera, 2000), en un bosque de hayedos y robledales, el oso y el lobo, cientos de especies aviares (como el urogallo) y diversas especies de anfibios y reptiles, tienen un hábitat protegido en que vivir. El río, de aguas purísimas, perfora las alineaciones tectónicas y queda varias veces represado y sus aguas aprovechadas en salto hidroeléctrico. Más abajo, el río penetra en el Bierzo, tierra privilegiada por sus productos agrícolas y su potencial hidroeléctrico. Es en el Bierzo donde «su curso se hace divagante, y ha dejado más de un puente con los ojos secos. Así sucedió en el pueblo de nombre más indómito: Villa Libre de Jurisdicción». En el Puente de Domingo Flores, el Sil se orienta hacia el Ocaso, recibiendo las aguas del Cabrera. En el tramo que sigue, el Sil es un río encajado, en el que se abren pequeñas cubetas que va hilvanando: son las de Valdeorras, la Rúa —con sus bodegas y su puente romano— y Quiroga [...]. Predominan las formaciones pizarreñas como la que perfora el túnel romano del meandro de Montefurado [...]. Sólo quienes hayan visto los grandes esfuerzos que han costado las labores de perforación y desvío del Sil en las obras hidráulicas de la zona [...] pueden juzgar la capacidad técnica romana al llevar a efecto dicha obra, en roca paleozoica tenaz, en un túnel de gran sección (10 y más metros de luz) y longitud de 75 metros escavado en parte bajo el Sil. Allí mismo afluye por el Sur el *Bivey*, el principal tributario del Sil [donde] se produce la mayor concentración hidroeléctrica de España, al menos en número de obras. Aguas abajo se halla el pantano del Bao, importante por su gran producción de energía: un gran túnel lleva las aguas hasta la central subterránea de Puente Bivey, cerca de donde los *pontífices* [esto es: hacedores de puentes] *romanos* hicieron otra gran obra para su vía *itinerarea*.

Continúo ahora hablando de *El río Miño*, al que habíamos dejado en Lugo, a partir, de donde «el valle es ancho, pero se va encajando [...]. Por el lado izquierdo [recibe] el río Neira, que viene de la Galicia más interior e infractuosa. Sus aguas afluyen reunidas con las del Sarria [...]. En sus quebradas tierras altas [...] bajaba entre verde la ruta de los peregrinos del apóstol que

por el Cebrero y Tricastela, visitaban el monasterio benedictino de Samos, la más famosa abadía de Galicia [...]. El cauce del Miño está ocupado ahora por las aguas del embalse de Belesar [...] una de las más bellas e impresionantes obras hidráulicas de nuestro país, por sus dimensiones y por su esbeltez y aligeramiento [...]. Al pie de la presa de Los Peares se juntan Miño y Sil y toman unidos la dirección Sureste, que ya no abandonarán hasta la desembocadura”.

11. *Los ríos menores del Golfo de Cádiz*. El Haz Tinto–Odiel, el Guadalete y los ríos de la Janda, constituyen «un conjunto de colectores fluviales de exiguas cuencas [a las que] a pesar de los menguados territorios a los que drenan los vientos atlánticos cargados de humedad, al tropezar con las montañas de sus cabeceras, proporcionan provechosos caudales a los ríos del área de costa que se desarrolla desde Portugal al Estrecho».

12. *La vertiente sur mediterránea*. Se extiende desde el cabo de Gata a la Punta de Tarifa, siendo escasos «dos ríos que transportan caudales permanentes o que forman redes de una corta importancia [...] porque la proximidad a la costa de las numerosas e intrincadas sierras que constituyen el sector meridional de las cordilleras Béticas y la climatología poco favorecedora de las precipitaciones explican estos resultados».

El Guadalmedina es el río de la ciudad de Málaga. La deforestación de su cuenca, que se inició en los tiempos de la conquista de Málaga por los Reyes Católicos, y que causas diversas (agrícolas, comerciales y militares, como la producción de carbón para los hornos de la fundición de artillería y munición que existió en las Atarazanas, que fue la más importante de España entre fines del siglo XV y comienzos del XVI) convirtieron su régimen hidrológico en torrencial, con riadas sumamente perjudiciales para los predios, los animales y las personas, así como para el puerto por los aterramientos que provocaba y sigue provocando. De todo ello da cumplida información un precioso libro editado por la Sociedad Malagueña de Ciencias, en febrero del año 2000, y cuyo autor es un miembro de esa sociedad, don Manuel Olmedo Checa, ingeniero técnico industrial, cuya labor investigadora como historiador me ha llamado poderosamente la atención, hasta el punto de que creo que, *mutatis mutandi*, no desmerecería, si se la comparara, con la que llevó a cabo don Gregorio Marañón como historiador, habiendo sido la de médico la que ejerció hasta su muerte¹⁴.

¹⁴ Don Manuel Olmedo Checa es también Miembro Numerario de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando (con sede en Málaga), y para comprobar que la investigación histórica es su verdadera vocación, el quehacer en cuyo ejercicio se siente verdaderamente realizado como hombre, basta con repasar con un cierto detenimiento el estudio introductorio de 129

Debo a mi amigo Ángel Sánchez Blanco, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Málaga, toda la información, puesta al día, además, sobre el tema. Ha sido él también quien me ha remitido los trabajos que, tanto en libros como en revistas tiene publicados don Manuel Olmedo Checa. Tan completa es la información que me ha remitido que incluye hasta un debate publicado en el Diario Sur con el título *Dos posturas sobre el embovedado del cauce del Guadalmedina*, con ocasión del informe favorable que el citado proyecto ha recibido de CEDEX. De la enorme importancia del problema y de su actualidad da idea el siguiente hecho: el puerto de Málaga sólo se utiliza hoy día por los buques que se dedican al transporte de viajeros. Para las demás operaciones, carga y descarga de mercancías en particular, el puerto habilitado para ello es actualmente el de Motril.

Del libro Guadalmedina–Málaga, sólo diré que contiene fotografías aéreas, hechas *ad hoc* del embalse del Limosnero [con “s” intercalada entre la “o” y la “n”]¹⁵, así como de un proyecto consistente en sustituir el cauce (que se de-

páginas, firmado en 1 de octubre de 1999, que escribió para la 2ª reimpresión del libro que el doctor Manuel Rodríguez de Berlanga Rosado (1825–1909), descubridor de los bronceos contenidos la *Lex Flavia Malacitana*, había editado en Burdeos, con el título «Monumentos históricos del Municipio Flavio Malacitano».

El propio Olmedo Checa declara –y lo destaco porque yo mismo, que me he ocupado más de una vez del problema de la vocación, tengo por suceso infrecuente– que «el inicio de su pasión [*sic*] por la Historia malagueña» se debe a la reimpresión en el Boletín de la Sociedad Malagueña de Ciencias, de los trabajos que el doctor Berlanga publicó en la Revista de la Asociación Artística–Arqueológica de Barcelona con el título MALACA, centrados en los descubrimientos arqueológicos que se produjeron con ocasión del derribo de las murallas del Haza baja de la Alcazaba, comenzado en el año 1904.

Y para convencerme de la importancia de la obra del doctor Rodríguez de Berlanga me habría bastado con estas palabras de don Álvaro D’Ors, que dirigía el Departamento de Derecho Romano de la Universidad de Navarra (Universidad de la Iglesia Católica) cuando, siendo ya Catedrático de Derecho Administrativo, me incorporé a ella en el año 1983, escribió sobre aquél en una “Carta de adhesión para el *Liber Amicorum*, dirigido por Olmedo Checa, dedicado a aquél otro famoso romanista: «Quien conozca algo de mis trabajos puede imaginar lo que don Manuel Rodríguez de Berlanga ha sido durante mi larga vida de estudiante. Desde mi juventud me interesé por sus obras y conservo con emoción algún libro suyo que compré “de viejo”, incluso con la erudita dedicatoria a un amigo suyo».

¹⁵ Del limosnero digo, y no del limonero, porque el nombre deriva de limosna y no de limón. El autor del libro dice al respecto: «Tampoco puede olvidarse que en el tema que nos ocupa merece ser citada la tesis doctoral que sobre el valle del Guadalmedina realizó el socio don Rafael Domínguez, o la investigación sobre los montes de Málaga llevada a cabo por el también numerario don Manuel Muñoz Martín, uno de cuyos frutos fue el averiguar que la presa del Limonero debiera llamarse del Limosnero, dado que los predios en que se construyó recibieron di-

rivaría aguas arriba) por una autopista. La solución aceptada consiste en que el embovedado cubrirá el río Guadalmedina, dando entrada en la ciudad por la autopista que iría sobre la bóveda. Con ello podría llevarse a cabo lo que hoy no resulta posible: la carga y descarga de mercancías, y el hermoso puerto de Málaga recobraría todo su potencial operativo.

El libro de Olmedo contiene también un documento precioso, cuya lectura recomiendo encarecidamente, no sólo a los historiadores profesionales que pudieran no conocerlo, sino y más particularmente a quienes gustamos de estudiar la grande y la pequeña historia. Se trata del facsímil de la *Memoria presentada a la Junta de Reales Obras de la ciudad de Málaga por su Gobernador el Brigadier D. Pedro Truxillo y Tacon sobre los estragos que causa el río de Guadalmedina á Málaga, y arbitrio para su remedio. En Málaga: por D. Luis de Carreras y Ramon, Impresor de esta M.I. Ciudad, del Real Colegio de San Telmo, y de la Real Maestranza Caballería de Ronda. Año 1802.*

13. *Los ríos del Levante peninsular.* Son, por lo pronto, los ríos catalanes, empezando por los que desarrollan sus cuencas desde la frontera con Francia hasta Gerona: el río *Muga* (significante que se emplea en todo el Pirineo español para designar la frontera o límite –voz que, a su vez, deriva del “limes” latino– con Francia); el río *Fluviá* (cuya latinidad es también evidente) y el *Ter*, que después de ver retenidas sus aguas en un par de pantanos cruza Gerona y subiendo primero hacia el Noreste, dobla luego hacia Levante para acabar desembocando en el Mediterráneo. El *Tordera* y el *Besos* vienen luego, y –Barcelona por medio– acaba desembocando en el *Llobregat*, río serio que, aguas debajo de Manresa recibe las del *Cardener*, y abriéndose paso a través de fructuosas angosturas desemboca en el Mediterráneo. Los dos restantes son el *Gayá* y después el *Franco-lí*, que desemboca en Tarragona. Los del óvalo valenciano (entre el delta del Ebro y el cabo de la Nao) «que profundizan sus cabeceras en la Cordillera Ibérica y han llegado a constituir redes de una cierta importancia: el *Mijara*, el indistintamente llamado *Turia* (hidrónimo prelatino) o *Guadalaviar* (hidrónimo de origen árabe), el *Júcar*, que nace en los Montes Universales, que luego desde Sueca se inclina hacia el Sureste y formando nuevos meandros concluye su recorrido en el Mediterráneo, inmediatamente al sur de Cullera». En aquellos mismos Montes Universales nace también el *Cabriel*. Del cabo de la Nao al de Gata, el *Vinalopó*, el *Segura* (el de mayor importancia de todo el sector mediterráneo) y el *Mundo*, paralelo al *Segura* en la mayor parte de su recorrido para, después de ser retenido en diversos embalses, dejar sus aguas en el *Segura*.

cho topónimo cuando fueron adquiridos por el presbítero don Francisco Edo, que fueron los años finales del siglo de la Ilustración y hasta su fallecimiento en 1790 ocupó el cargo de *limosnero* del obispado malagueño».

14. *Los “torrents” de las Baleares y los “barrancos” de las Canarias.* «En las islas Baleares y Canarias no cabe hablar propiamente de ríos». Con esta contundencia lo afirman Sainz Ridruejo y Arenillas Pardo en su *Guía*, y añaden que aunque los motivos determinantes de esta situación difieren de uno a otro archipiélago, hay uno que es común a ambos: «cauces de fuertes pendientes y carácter intermitente, por donde se canalizan las escorrentías superficiales en relación muy directa con las precipitaciones».

Las Baleares, en primer lugar. Su hidrología está condicionado por tres factores: el régimen mediterráneo de precipitaciones, lo reducido y pendiente de sus cuencas, y la naturaleza, predominantemente filtrante de sus suelos. Todo lo cual contribuye a que los colectores de sus aguas, no sean propiamente ríos, sino lo que en las islas se llaman *torrents*».

Por lo que respecta al Archipiélago Canario, su peculiaridad consiste en ser «una construcción volcánica, cuyas formas eruptivas son, por tanto, las que configuran el espacio». Así se expresa Eduardo Martínez de Pisón, en el tomo 1, *Los volcanes*, de la *Guía física de España*: «las Islas Canarias no son más que la parte sumergida de un importante conjunto eruptivo situado en el borde continental del Océano Atlántico». Y porque esto es así, la distribución de las islas en el espacio archipelágico no es azarosa. La explicación que acompaña a la figura de la página 16 de ese tomo 1 que estoy manejando permite entender la distribución de las siete islas del archipiélago y cómo cada una de ellas es una *edificación* (significante este que los vulcanólogos utilizan para designar las variadas, y hasta caprichosas construcciones naturales al manifestarse sobre las aguas), de las cuales cuatro de ellas se agrupan en dos conjuntos que se cruzan, siendo Tenerife la isla de encrucijada, mientras que las otras dos están agrupadas en otro conjunto diferenciado:

- De los conjuntos que se cruzan, se orientan en dirección noroeste–sureste las islas de La Palma, Tenerife y Gran Canaria, y en dirección sureste–noroeste estas otras El Hierro, La Gomera y Tenerife.
- En el otro conjunto, que está ligeramente desplazado hacia el Este, se alinean de noreste a sureste las dos restantes islas: Lanzarote y Fuerteventura.

No es posible ahora recoger la detallada descripción que a cada una de las islas dedican los autores de la *Guía de los ríos de España* a cada una de las islas. Hago, pues, un breve resumen de esa exposición, isla por isla. *El Hierro*, cuya punta de Orchilla es el “finisterre” occidental de España. *La Palma*, donde, «hacia el Norte ordenan radialmente numerosos barrancos sus cabeceras [...] en la im-

ponente Caldera del Taburiente, [con otros cauces] que salvan notables desniveles en poco trecho [mientras que] hacia el sur, la organización de las escorrentías es mucho más difusa: se distribuyen a dos aguas a partir de la prolongada cumbre que enlaza el cierre oriental de la Caldera con la Punta de Fuencaiente, en el extremo oriental. *La Gomera*, «isla circular y muy abarrancada» que es, después de Gran Canaria, la isla en que se han construido más presas. *Tenerife*, estructurada «de Noreste a Suroeste, según un prolongado espinazo central que culmina en el Teide (3.718 m.), la cumbre más elevada del territorio español». *Gran Canaria*, «circular como La Gomera, y también, como aquélla, muy abarrancada, con torrentes radiales que tienen su origen en el núcleo elevado central, donde las cabeceras forman una serie de calderas de erosión, más o menos desarrolladas, entre las que destaca la de Tejeda. Alcanzan mayor importancia los barrancos dirigidos hacia el Oeste y el Sur de la isla». Es en el Sur donde se ha formado el mayor embalse del archipiélago, con capacidad para retener del orden de 30 hectómetros cúbicos, en una presa de 130 metros de altura. *Fuerteventura*, «isla de baja altitud y baja pluviosidad», al igual que la de *Lanzarote*.

La exposición casi telegráfica que acabo de hacer corresponde a un texto que en el libro de los autores ocupa desde la página 99 a la 383 con que se cierra el libro. Su lectura completa me ha hecho recordar aquellos mapas que teníamos que dibujar, coloreados a lápiz, durante el bachillerato, así como algunos paisajes que en esos años, o quizá bastantes años después he recorrido. Y también me ha servido para recordar aquel precioso libro de lectura que se titulaba *El libro de España*, editado por la Editorial Luis Vives, FTD, con dibujos a plumilla excelentes, y redactado en limpio español.

III. ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS DE HIDROLOGÍA FLUVIAL

1. Del agua como principio de vida

A cumplir ese propósito que acabo de explicitar en las líneas precedentes ha contribuido en grado superlativo el libro de los citados Arenillas Parra y Sáenz Ridruejo, cuya prosa se hace poesía en estas páginas iniciales de su *Guía*, que ahora voy a transcribir.

Cultura y poesía rezuma su prosa desde las páginas iniciales en las que, bajo la rúbrica “El río y el hombre” escriben lo que sigue:

«Gracias al ciclo hidrológico, permanentemente renovado en gigantesca noria, crecen las plantas que dan alimento, se apaga la sed de los deshi-

dratados cuerpos, se mueven las palas de las turbinas [...]. Bastaría que fallaran “pequeños” detalles de la susodicha rueda hidráulica para que todo el tinglado se viniese abajo; imaginemos por ejemplo que, en la fase helada, cambiasen las propiedades reológicas, que el hielo no fuese plástico. No habría glaciares en movimiento, tampoco *icebergs*: el agua, en forma de hielo, acabaría concentrándose en los casquetes polares y el resto de la tierra se tornaría inhóspito. Lo mismo ocurriría con el ligero cambio de la temperatura o del CO₂ atmosférico. Así pues vivimos en el filo cortante de un finísimo equilibrio, de unas condiciones particularísimas o, vuelta la oración por pasiva, estamos adaptados a unos parámetros tan ponderados que un exiguo cambio brusco acabaría con nosotros.

Sobre el verde tapiz básico –alimentado por el agua– se apoya el estrato zoológico y en uno y otro la humanidad. Desierto, en el sentido geográfico moderno, y despoblado no son sinónimos [...]. Pero allí donde el agua falta se produce el desierto y éste trae la despoblación. *A sensu contrario* donde hay agua muy desfavorables han de ser los restantes parámetros del clima para que no cunda la vida.»

Poesía también, cuando habla unas líneas más abajo de las riberas como lugares de atracción para la humanidad:

«Los pueblos pastores de las estepas o la aridez han soñado de siempre con las tierras prometidas del regadío. El gradiente¹⁶ de humedades lanza más dardos que las ballestas de los guerreros, de la Arabia Feliz al Nilo o al Río Grande (Guadalquivir) de Hispalis; de Castilla a Andalucía; de las estepas centrales de Asia a las irrigadas llanuras europeas. Gradiente de fuerza posesiva que ha guiado a los hombres de los peñascales al humus, cálido, espeso y negro de los valles. En España, los del Camero hacia la Rioja; los del Maestrazgo hacia las planas costeras ... han sentido la llamada de los grandes ríos, los litorales y los huertos.»

¹⁶ «Razón entre la variación del valor de una magnitud en dos puntos próximos y la distancia que los separa. *Gradiente de temperatura, de presión.*» (Diccionario de la lengua española. Real Academia española. 22 edición, 2001).

2. El ciclo hidrológico

A. Un fenómeno natural que renueva el agua cuantitativa y cualitativamente

La descripción más completa que conozco del ciclo hidrológico es la de Marq de Viliers en su libro *Agua*¹⁷. He aquí como describe ese hecho físico:

«El ciclo hidrológico es la manera que tiene el agua de circular por los sistemas terrestres, de una altura de quince kilómetros sobre el suelo hasta una profundidad de cinco kilómetros. Es un sistema químico en un estado casi estacionario autorregulado que transfiere agua de unas reservas a otras a través de ciclos complejos. Entre esas reservas están la humedad atmosférica (las nubes y la lluvia), los océanos, los ríos y los lagos, las aguas subterráneas, los casquetes de hielo polares y el suelo saturado (la tundra o los humedales). El ciclo es el proceso que trasfiere el agua de un estado o reserva a otro gracias a la gravedad o la energía solar a lo largo de periodos que van de las horas a los millares de años. El sistema entero funciona solo, y ello porque se evapora más agua de los océanos que la que vuelve a ellos directamente en forma de agua o nieve en tierra firme, y es esa cantidad la que posibilita nuestra vida porque la lluvia que cae, cae como agua dulce. *Hay una renovación no sólo cuantitativa, sino también cualitativa: el proceso arranca al agua sus impurezas y entrega agua potable, útil a la biota a la que pertenecemos*».

B. La ecuación del ciclo hidrológico

La disimetría, o desigualdad espacial y temporal, en el reparto de los recursos hídricos naturales es una característica de la Península Ibérica.

Las divisorias pluviométricas suelen coincidir con divisorias orográficas, que a estos efectos funcionan a modo de valladar de los vientos y de la humedad. Ejemplo frecuentemente empleado por su eficacia didáctica y hasta, digamos, por su fuerte dramatismo, es el de los puertos y picos de Asturias, que permiten contemplar dos paisajes totalmente distintos según hacia donde se dirija la mirada: si «hacia el Norte, un país de lluvia y verde; si hacia el Sur, el rojo terrizo de los páramos leoneses».

¹⁷ Marq de Viliers: *Agua. El destino de nuestra fuente de vida más preciada*, ediciones Península, Barcelona 2001, traducción de Juan Pedro Campos, pág. 51.

De antiguo se sabe –el griego Estrabón hablaba ya de ello– que hay una *Hispania seca* y una *Hispania húmeda*. Más tarde, y a medida que fue conociéndose la composición de los suelos, pudo hablarse también de una *Hispania silíceo* compuesta de rocas graníticas y metamórficas¹⁸, en la que el agua escurre sin infiltrarse apenas, y una *Hispania calcárea*, predominan las calizas y rocas análogas, y donde el ambiente tiende a ser, además, evaporítico (caso del Mediterráneo), «donde las aguas tienden a infiltrarse y circular subterráneas, dejando seco el país hasta los ojos en que rebrotan concentradas o, a veces, hasta el mar, a cuya costa o fondos llegan por cuevas».

Las cabeceras de los ríos suelen ser más lluviosas. Así, el Guadalquivir, cuando sale de la Sierra de Cazorla lleva un caudal¹⁹ de 18 metros cúbicos por segundo, y al llegar a Castrillana, algo antes de Sevilla (para entendernos: entre Castrillana y Sevilla ha de pasar todavía por Alcalá del río y la Algaba) tiene 164 metros cúbicos por segundo.

Los conocimientos que hoy se tienen del ciclo hidrológico natural han permitido enunciar una ecuación del mismo cuyas variables sustanciales son estas:

$$\textit{Precipitación} = \textit{Evapotranspiración} + \textit{Escorrentías} + \textit{Infiltración}$$

De unas a otras regiones varía constantemente el primer término y las proporciones de los sumandos del segundo.

Téngase presente, por último, que España es un país de encrucijada en el que operan *influencias marinas* (atlánticas y mediterráneas) e *influencias continentales* (africanas y europeas).

¹⁸ En geología se llama *metamorfismo* al conjunto de transformaciones que se verifican en los materiales de la corteza terrestre, tales como la de unas rocas en otras.

¹⁹ El *año hidráulico* suele computarse de octubre a octubre, y como valor de comparación del caudal de un año a otro se toma el módulo. Hay un *módulo relativo* que se obtiene dividiendo el caudal medio por la superficie total de la cuenca. El módulo al que me refiero en el texto es *módulo relativo*.

IV. ORGANISMOS DE CUENCA TAMBIÉN LLAMADOS CONFEDERACIONES HIDROGRÁFICAS

Aurelio Guaita Martorell forma parte de aquel grupo de iuspublicistas eminentes que en el período que media entre los años 1945 y 1960 llevaron a cabo aquella revolución científica de la que emerge el moderno Derecho Administrativo Español²⁰. Es uno de los autores que más han influido en mi formación como jurista y cuya obra, que estudié con la máxima atención y a la que volví en múltiples ocasiones, me facilitó una visión global y completa del Derecho Administrativo Español. Fallecido a finales de octubre de 1990, su *Derecho Administrativo Especial*, en cinco tomos (Zaragoza, Librería General) no ha sido superado hasta hoy. Otro libro suyo, *Derecho Administrativo. Aguas. Montes. Minas*, ed. Cívitas, Madrid 1982 (que según declaraba el autor «tiene como base, y en buena parte reproduce, los últimos capítulos» de aquel otro libro suyo, y concretamente «el capítulo final del volumen IV y volumen V y último», lo utilicé como libro de texto para los alumnos del segundo curso de Derecho Administrativo, en la Universidad de Navarra.

Fue en esos libros de Aurelio Guaita donde aprendí, por ejemplo, que «nuestro moderno derecho de aguas arranca de la ley de 1866 que regulaba tanto las marítimas como las continentales o terrestres, y que estas fueron de nuevo reguladas por la centenaria y básicamente vigente [todavía, en 1982], Ley de Aguas de 1879 que en realidad es una mera versión de la de 1866 que consagraba su mayor parte a las aguas terrestres: retocada, pero no siempre mejorada, fue asimismo aumentada con preceptos procedentes de la legislación publicada entre ambas leyes [entre otras, la de 1879].»

Con todo, esa ley de aguas de 1879 era básicamente la misma de 1866, y contenía «un brevísimo preámbulo, pero no exposición de motivos» encareciendo el gran interés que para interpretar la legislación de aguas seguía teniendo la de 1866²¹.

²⁰ Sobre el concepto de *revolución científica* cfr. Thomas Samuel Kuhn: *La estructura de las revoluciones científicas*. Breviario del Fondo De Cultura Económica, 10ª reimpresión en España, México, Madrid, Buenos Aires, Barcelona 1982, págs. 248-262. De la concreta revolución científica a la que hago referencia en el texto, me he ocupado en mi libro *Cincuenta Años de Procedimiento Administrativo en un mundo cambiante*. Instituto Andaluz de Administración Pública y ed. IUSTEL, págs. 24-28.

²¹ Esos libros de Aurelio Guaita me llevaron al libro —que entonces era todavía fácil de encontrar— de Sebastián Martín Retortillo, *La ley de aguas de 1866*, ediciones del Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid 1963, que conservo en mi modesta biblioteca y en el que, aparte de un

Para entender el vigente ordenamiento jurídico de las aguas de Andalucía he necesitado repasar la relación de las Confederaciones Hidrográficas existentes en 1982 que recogía Aurelio Guaita en el libro que yo explicaba en Navarra y “refrescar” lo que decía sobre la naturaleza jurídica de las mismas.

Empezaré por resumir sus reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de esos organismos. Indudable es, ahora como en esa fecha, que tienen personalidad jurídica propia distinta de la del Estado. Dudoso es, en cambio, cual sea su carácter y naturaleza. Por lo pronto, el significante “confederación” sería inadecuado si se pretendiera atribuirle en este caso el sentido técnico que tiene en el derecho internacional e incluso en el derecho interno: en ellas figuran también personas jurídicas como las Comunidades de regantes. Pero ni todos los interesados son personas jurídicas, ni cuando lo son tienen todas la condición de miembros, aunque *esta representación de interesados recuerda a las corporaciones*, pero el predominio estatal es evidente y particularmente intenso: potestad normativa y potestad de nombramiento de los cargos directivos.

En definitiva, concluía Guaita, son organismos autónomos (o sea: fundaciones estatales) bajo la tutela del Ministerio de Obras Públicas, aunque el hecho de que los interesados sean admitidos al gobierno y administración de aquellas, les atribuía un carácter burocrático. Así ya en 1982, tanto en la legislación como en la jurisprudencia.

Véase ahora la relación de las Confederaciones Hidrográficas que existían en ese año de 1982, tal como las exponía el profesor Guaita que, entre otras muchas virtudes poseía la de la santa paciencia para rastrear paso a paso, sin prisa pero sin pausa, la vida de las organizaciones. *Diez* eran las confederacio-

enjundioso estudio de elaboración de la misma, que ocupa un total de 912 páginas. Sigue luego un índice de materias y otro sistemático, que remiten a las páginas del libro, empezando por la nota preliminar que es del propio S. M. R. en el que entre otras explicaciones de interés deja constancia de cómo se han elaborado esos índices.

Yo recomendaría a aquellos de nuestros jóvenes administrativistas que deseen empezar a saber del *derecho de las aguas* que –alejándose de la «enloquecedora muchedumbre»–, de que hablaba Unamuno, y sin más dilación dediquen un mes de su vida, bastaría con eso, y a ser posible reclusos en un cenobio, a estudiar este libro. En tiempos como los que corren en los que tantas leyes de importancia enorme, «en horas veinticuatro, pasan de las musas al teatro», podrán tomar conciencia de cómo se legislaba en aquellos años cuando el siglo XIX estaba ya más que mediado: corría el año 1859 cuando se nombró la Comisión encargada de redactar el proyecto de *Ley General de aprovechamientos de Aguas*.

nes hidrográficas (hoy son nueve, según luego se verá) en aquel año, las cuales ordenaba él por la fecha de su creación, indicando la capital de cada una:

- *Ebro*. La primera y más extensa. Creada por real decreto de 5 de marzo de 1926, reglamento de 7 de septiembre de 1935.
- *Segura*, Murcia. Creada por real decreto de 23 de agosto de 1926, reglamento de 7 de diciembre de 1935.
- *Duero*, Valladolid. Creada por real decreto de 23 de agosto de 1926, reglamento de 18 de junio de 1935.
- *Guadalquivir*, Sevilla. Creada por real decreto-ley de 22 de septiembre de 1927, reglamento de 8 de septiembre de 1935.
- *Pirineo oriental*, Barcelona. Creada por real decreto de 15 de marzo de 1929, reglamento de 13 de septiembre de 1935.
- *Júcar*, Valencia. Creada por decreto de 26 de junio de 1934, reglamento de 1 de julio de 1935.
- *Sur de España*, Málaga. Creada inicialmente, y más reducida, con el nombre de *Guadalhorce*, por decreto de 9 de julio de 1948, reglamento de 17 de junio de 1949. La denominación que tenía en 1982 data del decreto de 14 de enero de 1960 que amplió su territorio, y el de 14 de febrero de 1963, que –¡Atención!– extiende su jurisdicción a Ceuta y Melilla. Cabría discutir si la extensión de jurisdicción de la Confederación del *Sur de España* a Ceuta y Melilla puede considerarse un precedente de la situación actual en que la Comunidad Autónoma de Andalucía ha asumido la jurisdicción de las aguas continentales de Ceuta y Melilla. En todo caso, debo decir que en aquellas fechas (década de los sesenta del siglo XX) existía la creencia –y el fundamento de la misma bien podría hallarse en esos decretos que he citado– de que Ceuta y Melilla formaban parte de la provincia de Málaga.
- *Guadiana*, Ciudad Real. Creada por decreto de 20 de febrero de 1953.
- *Tajo*, Madrid. Creada por el mismo decreto, que se acaba de citar, que creó la del Guadiana.
- *Norte de España*, Oviedo. Creada por decreto de 16 de Marzo de 1961.

Como ya he anticipado, esas diez confederaciones identificadas por Guaita en la relación precedente, son ahora nueve (*Leyes Administrativas*, 15^a edición, septiembre 2009, Aranzadi, Thomson–Reuters, pág. 1.705, por nota, correspondiente al parágrafo 37, Real decreto legislativo 1/2001, de 29 de julio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Aguas) proporciona los datos de que hay que partir: un R.D. 650/1987, de 8 de mayo, por el que se diferencian los ámbitos territoriales de los Organismos de Cuenca y de sus Planes Hidrológicos, que fue modificado *por lo que hace a la Cuenca del Guadalquivir* por R.D.

2129/2004, de 29 de octubre, y posteriormente por R.D. 266/2008, de 22 de febrero, que, al dividir en dos la antigua Confederación Hidrográfica del Norte reestructura el ámbito territorial de las dos nuevas Confederaciones que la constituyen (la del Miño-Sil y la de Cantabria).

Posteriormente se dictaron siete Decretos de 21 de julio de 1989, y el ya citado R.D. 266/2008, de 22 de febrero (que deroga el R.D. 930/1989, de 21 de julio).

Partiendo de estos datos, me limitaré a dejar constancia de lo que ha pasado con la *Confederación del Ebro*: el R.D. 931/1989, de 21 de julio (B.O.E. del día 27), la constituye como Organismo autónomo, fija su sede en Zaragoza y establece el número de representantes que corresponde en su *Junta de Gobierno* a las siguientes comunidades autónomas, tal como sigue: Aragón (6), Cantabria (1), Castilla y León (1), Cataluña (3), La Rioja (2), Navarra (2), País Vasco (1), Valencia (1). Precisa luego el número de representantes que corresponde en dicha Junta a los usuarios, representación que queda establecida así: de abastecimiento a poblaciones (4), de regadíos (8), de usos energéticos (8), de otros usos (3). Por último, en el *Consejo del Agua*, la representación de las comunidades autónomas (que en este caso son nueve porque incluye también a Castilla la Mancha) queda establecida así: Aragón (2), Cantabria (2), Castilla la Mancha (1), Castilla y León (2), Cataluña (6), Navarra (4), La Rioja (4), Valencia (1), País Vasco (2). En cuanto a los usuarios se prevé que habrá 27 representantes de los mismos sin mayor especificación.

En la relación que sigue ahora mantengo la ordenación por fechas de creación que estableció Guaita, con la advertencia de que siete de las confederaciones existentes han sido constituidas por otros tantos decretos de 21 de julio de 1989 y el de 22 de febrero de 2008 (que deroga el 930/1989, de 21 de julio).

He aquí, pues, la nueva relación de los también llamados organismos de cuenca existentes en la actualidad.

- *Ebro*
- *Segura*
- *Duero*
- *Guadalquivir*
- *Júcar*
- *Guadiana*
- *Tajo*

- *Miño-Sil*
- *Cantabria*

V. DEL ESTATUTO ANDALUZ DE 1981 AL NUEVO ESTATUTO ANDALUZ APROBADO POR LEY ORGÁNICA 2/2007, DE 19 DE MARZO, DE REFORMA DEL ESTATUTO DE ANDALUCÍA, Y DE LA LEY 4/2010, DE 8 DE JUNIO, DE AGUAS DE LA COMUNIDAD DE AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.

En el tomo I de *El Espectador*, al expresar sus *Ideas sobre Pío Baroja* dice Ortega que *el estilo de un escritor, es decir la fisonomía de su obra, consiste en una serie de actos selectivos que aquel ejecuta*. Y como, si de algo no puede acusárseme es de ser ágrafo, para ir cerrando estas páginas voy a llevar a cabo dos tipos de actos selectivos: el primero transcribir lo que dicho tengo en mi *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, 2ª edición ampliada y actualizada, 1993, págs. 315–317, donde me ocupo de la asendereada peripecia del acceso de Andalucía a su autonomía política. Y la segunda en resumir, para adherirme a ella, una razonable y razonada propuesta de mi colega en las tareas académicas, Francisco López Menudo que permite quitar hierro a alguna de las tachas de inconstitucionalidad que se han querido ver en el Estatuto reformado de esta Comunidad Autónoma por contravenir el llamado principio de unidad de cuenca.

1. Del significativo Al-Andalus y del nacionalismo andaluz

A. Andalucía no es Al-Andalus. Debe tenerse presente, ante todo, que no debe caerse en el error de identificar Andalucía con Al-Andalus, nombre que sirvió en la Edad Media para designar la España dominada por los árabes, que hasta mediados del siglo IX comprendía prácticamente la totalidad de la Península.

Sin embargo, no está de más recordar lo que pensaba E. Lévi-Provençal acerca del grado de cohesión de la «sociedad andaluza» (*sic* en la traducción de García Gómez) en tiempo de los omeyas (siglo X), y su peculiaridad dentro del mundo musulmán:

«El vínculo que ataba la espiga del Islam hispánico a la gavilla de la inmensa comunidad musulmana no era, sin embargo, lo bastante sólido para impedir que, en la flor y nata de la población de Al-Andalus, naciera, no una conciencia nacional –pues este término es demasiado preciso y resultaría anacrónico–, pero sí el concepto, más o menos vago, de una cohesión, de una comunidad de aspiraciones y gustos, de una atadura al medio geográfico, y aca-

so también de un repliegue sobre sí misma, no muy distante del particularismo. (...) El hispano-musulmán, por lo menos desde mediados del siglo X, parece haber cobrado conciencia de su personalidad. Aunque étnicamente proceda del Magrib o de Oriente, constituye un tipo aparte. Es un “andaluz” definitivamente arraigado en el suelo de la Península, en una patria que adorará siempre, aun cuando no sepa defenderla y haya de dejarla, primero, esclavizarse a dueños africanos, y luego abandonarla para siempre antes que someter la cerviz al yugo de la Reconquista cristiana»²².

En cualquier caso, debe evitarse el querer extraer de estas afirmaciones conclusiones precipitadas en favor de la existencia de unas raíces árabes en el actual nacionalismo andaluz. Porque lo que resulta de las palabras de Lévi-Provençal que acabo de transcribir es sólo esto: dentro del inmenso mundo islámico, el «andaluz» era perfectamente identificable, pero este grupo social, por más particular que fuera, acabó abandonando para siempre esa patria hispánica que adoraba. Me parece que —salvando todas las distancias— para entender esto basta con pensar en la situación de los franceses nacidos en Argelia que hubieron de abandonarla al independizarse de Francia aquel territorio.

B. El nacionalismo andaluz. El estatuto de autonomía de Andalucía, aprobado por ley orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, dice en su artículo 1º:

«Andalucía, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho de autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad autónoma, en el marco de la unidad indisoluble de la nación española, patria común indivisible de todos los españoles».

Aunque es muy probable que en la aceptación de este texto haya pesado más la voluntad de aquel sector de políticos andaluces que se había propuesto situar a Andalucía entre las comunidades de primer grado, que la efectiva conciencia del pueblo andaluz, en cuanto tal, de constituir una nación, es innegable que esa declaración estatutaria supone un paso adelante en la afirmación de *El ideal andaluz*, de Blas Infante, obra cuya publicación data de 1914, y en la que el que está considerado padre del nacionalismo andaluz defendía el fortalecimiento de las regiones, las cuales deben «vivir, por sí, para España», y de-

²² E. Lévi-Provençal, «España musulmana hasta la caída del Califato de Córdoba (711-1031 de J.C.). Instituciones y vida social e intelectual», tomo V de la *Historia de España*, dirigida por Ramón Menéndez Pidal, Espasa-Calpe, Madrid 1965, pág. 105.

cía que «en España, las regiones podrán denominarse naciones, pero sólo en cuanto se considere como súper-nación a España»²³. Junto a Blas Infante, hay que citar también entre las figuras del movimiento andalucista a Méndez Bejarano, Guichot, Isidro de las Cajigas, etc. La aprobación de la bandera, el escudo y el himno de Andalucía datan del congreso de Ronda, de 1918, al que asistió Blas Infante. Pero conviene no olvidar que hay otros antecedentes de ese movimiento andalucista y que, en el proyecto de Constitución federal de 1873, Andalucía aparecía dividida en dos Estados: Andalucía alta y Andalucía baja. Y la verdad es que esta Comunidad autónoma, la más extensa y la más poblada de España, es tan diversa que muy bien pueden distinguirse varias Andalucías. Y un examen del *Atlas lingüístico y etnográfico de Andalucía*, elaborado bajo la dirección del profesor Alvar y editado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, permite comprobar gráficamente esa existencia de varias Andalucías: la oriental, la occidental, la interior y la de la costa.

2. De cómo el Estatuto andaluz de 1981 pudo aprobarse por la vía del artículo 151, C.E. gracias al talento y tesón de don Manuel Clavero Arévalo que se opuso a que se utilizara la vía del artículo 143, C.E.

El proceso de elaboración del estatuto de Andalucía fue muy complicado y nada ejemplar si se le contempla con una óptica exclusivamente jurídica. A lo largo de ese proceso se enfrentaron dos tesis distintas: la de quienes defendían la aplicación a Andalucía de la vía del artículo 151 y la de quienes se mostraban partidarios de la vía del artículo 143. De esta tesis, que fue la del Gobierno de la *UCD*, se apartaron muchos miembros de este partido, entre ellos el propio ministro Clavero, que dimitió de forma irrevocable. El referéndum de 28 de febrero de 1980 resultó un fracaso, pues en Almería no se alcanzó la mayoría absoluta que se requería para cada provincia, según el 151. Responsable de este fracaso era la *UCD*, empeñada en llevar a Andalucía por la vía del 143, un error político que había de pagar más tarde. Siguió luego una lucha política, casi dramática, hasta que acabó por imponerse el modelo del artículo 151, lo cual tuvo importantes consecuencias para el proceso autonómico en el resto de España, pues no sólo se rompió la barrera de las llamadas Comunidades históricas, sino que el marco del 143 quedó desdibujado abriendo perspectivas insospechadas a las autonomías todavía pendientes en ese momento²⁴.

²³ Blas INFANTE, *El ideal andaluz*, ed. Junta de Andalucía, Sevilla 1982.

²⁴ Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, *España desde el centralismo a las autonomías*, Planeta, Barcelona 1983, págs. 121-147.

Así las cosas, no encuentro explicación para que se haya omitido en el vibrante preámbulo del nuevo Estatuto de Andalucía lo que se decía en la Constitución federal de 1873 sobre la división de Andalucía en dos Estados. Y mucho menos me explico que no se haya mencionado la labor tesonera del entonces ministro de UCD don Manuel Clavero Arévalo que hizo posible la aprobación del primer Estatuto constitucional de Andalucía.

Dicho con otras palabras: El lugar de preeminencia, indiscutible e indiscutido, que se otorga a Blas Infante, no excusa el olvido de otros eminentes andalucistas como fueron Méndez Bejarano, Guichot, e Isidoro de las Cajigas, entre otros. Y menos todavía es excusable que no se haya mencionado siquiera a don Manuel Clavero Arévalo a quien se debe, nada menos, el acceso de Andalucía a la autonomía política por la vía del artículo 151 CE.

3. El nuevo Estatuto andaluz

A. Descripción de su tramitación

- 1) Solicitud de creación de una Ponencia de reforma del Estatuto de Autonomía presentada por todos los grupos (23/06/2004);
- 2) Creación de la Ponencia de reforma (30/06/2004);
- 3) Acuerdo del Pleno del Parlamento para la creación de la Ponencia (06/07/2004);
- 4) Texto original del primer informe de la Ponencia remitido a la Comisión de Desarrollo Estatutario (21/06/2005);
- 5) Informe definitivo de la Ponencia (30/01/2006);
- 6) Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (03/02/2006);
- 7) Debate en el Pleno de la proposición de reforma (16/02/2006);
- 8) Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía (13/03/2006);
- 9) Plazo para la presentación de enmiendas (13/03/2006);
- 10) Texto final de la proposición de reforma del Estatuto y remisión de la Propuesta al Congreso (04/05/2006);
- 11) Debate y toma en consideración de la Propuesta de reforma en el Congreso (23/05/2006);
- 12) Debate y aprobación del proyecto de reforma en el Pleno del Congreso (02/11/2006);
- 13) Texto aprobado por el Pleno del Congreso (07/11/2006);
- 14) Inicio de la tramitación en el Senado (03/11/2006);
- 15) Debate del Informe de la Ponencia y aprobación del Dictamen de la Comisión (29/11/2006);
- 16) Debate y aprobación en el Pleno del Senado (20/12/2006);

- 17) Texto finalmente aprobado por las Cortes (20/12/2006);
- 18) Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la convocatoria de referéndum (22/12/2006);
- 19) Decreto del Presidente con la convocatoria de referéndum (16/01/2007);
- 20) Resolución de la Junta Electoral Central de declaración oficial de los resultados del referéndum (08/03/2007);
- 21) Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (20/03/2007)

B. De cómo el artículo 51 del Estatuto [reformado] de Andalucía me ha recordado aquella famosa hazaña astronómica de Josué que nos cuenta la Biblia en el primero de los llamados *Libros Históricos*

Dice así este precepto:

«La comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la *planificación general del ciclo hidrológico*, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22^a de la Constitución».

Lo primero que me ha llamado la atención en este artículo 51, en el que aparecen cinco frases separadas por las correspondientes comas es la segunda, que dice así: «sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico».

La siempre «maldita fecundidad de los intérpretes», alentada en este caso por la malignidad que, con más frecuencia de lo que fuera deseable, se utiliza en el ruedo de la política, permitiría afirmar que quienes redactaron ese inciso segundo, o no saben lo que es planificar, o no poseen la noción de ciclo hidrológico, o ignoran ambas cosas.

Porque es el caso que, según aprendí del que fue mi amigo y compañero claustral en el Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, en la antigua sede de la Universidad cisneriana de Alcalá de Henares, Luis Blanco de Tella (q.e.p.d.), la *planificación* es, junto con la organización, el mando *stricto sensu*, y el control, una de las funciones directivas básicas o esenciales, de cuyo correcto ejercicio se sigue ese resultado que se llama *coordinación*. Y porque –me importa recordarlo también– la coordinación no es una función directiva más, sino un resultado. Por dejarlo claro: el director de una orquesta coordina el funcionamien-

to de los distintos componentes de la misma, porque ejercita esas cuatro funciones directivas, bien sea con carácter previo (planificando y organizando), bien sea mientras la orquesta está actuando (para lo cual necesita mandar y controlar utilizando para comunicarse con los distintos miembros de la orquesta esa peculiar semiótica que lleva a cabo con la batuta, los brazos e incluso todo su cuerpo).

Y como esto es así –y sin perjuicio de lo que diré al referirme al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, de 2001– hablar de la «planificación del ciclo hidrológico» es tan disparatado como hablar de la planificación «de la salida o de la puesta del sol». Y por eso es conocido que se ha dicho que un dromedario es un proyecto de ley después de pasar por la correspondiente Comisión legislativa.

Me han contado que en unas Jornadas sobre el nuevo Estatuto de Andalucía, hubo quien se felicitaba porque en tan importante norma legal se proclamara *coram populo* que esa tierra a la que en tiempos –no sé si todavía ahora– se le llamaba la Tierra de María Santísima, está «asentada en el sur de la península ibérica». Es más que probable que quien así hablaba pertenecía a esa parte de España que Pedro Laín Entralgo incluía en la España de la ironía –andaluces, asturianos, catalanes y gallegos– distinguiéndola de la España antiirónica o airónica –aragoneses, castellanos y vascos–²⁵.

Pues bien, sea el cual fuere el contenido semántico que se atribuya al significante ironía, debo advertir ya –por evitar que se me entienda mal– que al afirmar lo que apunto en la rúbrica del presente apartado me limito a dejar constancia de que cuando he leído el inciso primero de ese artículo 51 he recordado que en el Libro de Josué se cuenta lo siguiente²⁶:

«Los cinco reyes amorreos –el rey de Jerusalén, el rey de Hebrón, el rey de Yarmut, el rey de Laquís y el rey de Eglón– unieron sus fuerzas, subieron con sus tropas y acamparon junto a Gabaón para asediarla.

Los hombres de Gabaón mandaron aviso a Josué, que estaba en el campamento de Guilgal²⁷, junto con toda la tropa y todos sus guerreros. Y el

²⁵ Pedro LAÍN ENTRALGO, *A qué llamamos España*, Círculo de Lectores, Barcelona 1992 (la 1ª edición es de 1971).

²⁶ *Sagrada Biblia. Antiguo Testamento. Libros Históricos*. EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 2000. Traducción de textos aprobada por la Conferencia Episcopal Española en su CLXXX reunión del 21–22, 1999.

²⁷ Guilgal es el nombre de un lugar situado en la colina de Aralot en el que se detuvieron los judíos después de atravesar el Jordán a pie enjuto, y donde Josué, cumpliendo la orden que el

Señor le dijo: no les tengas miedo que los he puesto en tus manos. Ninguno de ellos se te resistirá.

Después de haber subido desde Guilgal durante toda la noche, Josué cargo sobre ellos por sorpresa y el Señor los dispersó delante de Israel. [...]. Y sucedió que cuando ellos huían delante de Israel, por la pendiente [...], el Señor hizo caer sobre ellos grandes piedras desde el cielo, que dieron muerte a muchos. Murieron más por las piedras del granizo que por la espada de los israelitas.

Entonces, el día en que el Señor entregó los amorreos a los israelitas, Josué habló al Señor y dijo en la presencia de Israel: “¡Sol, detente en Gabaón, y tu, Luna en el valle de Ayalón!”. Y se detuvo el Sol, la Luna se paró hasta que el pueblo se vengó de sus enemigos.

[...]. El Sol se paró en medio del cielo y demoró su puesta casi un día completo. No hubo un día como aquél ni antes ni después. El Señor obedeció a la voz de un hombre porque luchaba a favor de Israel.

Josué y todo Israel volvieron al campamento de Guilgal».

Lo dicho en lo que antecede no implica desconocer que el hombre de la modernidad, jugando a ser un dios menor, ha conseguido modificar artificialmente «la fase atmosférica del ciclo hidrológico».

Dicho y razonado quedó más arriba (V. 3. B) que hablar de una planificación general del ciclo hidrológico es –lisa y llanamente– un disparate. Y allí anticipé también que sostener lo que sostengo no implica desconocer que en los tiempos que nos ha tocado vivir –que son hoy los de la transmodernidad– se ha conseguido, no ya que «el dios de la lluvia llore sobre Méjico», o sobre cualquier otro lugar, como creían los aztecas, y tanto si, bajo la acción de esa lluvia que envía Zeus y del arado que la oxigena, la Tierra se fertilice y se llene de frutos, como creían los griegos, sino también –y habiendo podido ver, porque es así: la escena ha llegado *on line* a nuestra misma sala de estar mediante ese milagro de la técnica que es la televisión, los daños terribles que las lluvias en forma de temporal pueden causar, y es lo que me temo– se provocará una alteración del ciclo, mediante la utilización como arma bélica de ese nuevo poder del hombre.

Señor le había dado, procedió a circuncidar de nuevo a los israelitas. Y ello porque aunque los que habían salido de Egipto se habían circuncidado, después de andar durante 40 años por el desierto habían muerto todos, pero los que nacieron durante ese tiempo en el desierto no habían sido circuncidados en el camino. Fue en ese campamento donde fueron circuncidados, y allí permanecieron después hasta que se restablecieron.

El artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 28 de julio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Aguas, dice –con lenguaje en cierto modo críptico y no exento de vaguedad– que «la fase atmosférica del ciclo hidrológico sólo puede ser modificada artificialmente por la Administración del Estado o por aquellos a quienes ésta autorice».

Como no faltará quien pueda tacharme de «aprendiz de brujo» o de falso profeta de catástrofes imposibles, me parece oportuno recordar, pues quedó recogido ya en los inicios de este comentario, que Arenillas Parra y Sáenz Ridruejo decían en el capítulo 1 de su *Guía de los ríos de España* que si esa “rueda hidráulica natural” que es el ciclo hidrológico, especie de “gigantesca noria” que renueva periódicamente la cantidad y la calidad de las aguas, fallase, «todo el tinglado se vendría abajo y la Tierra se tornaría inhóspita». Y después de poner algunos ejemplos demostrativos de que esa posibilidad de fallo es real y perfectamente posible, añadían: «así pues, vivimos en el filo cortante de un finísimo equilibrio, de unas condiciones particularísimas o, vuelta la oración por pasiva, estamos adaptados a unos parámetros tan ponderados que un exiguo cambio brusco acabaría con nosotros».

Y un edafólogo, el Dr. don Jaime Íñiguez Herrero, profesor ordinario de la Facultad de Ciencias, en la Universidad de Navarra [Universidad de la Iglesia Católica] exponiendo la Lección Inaugural del Curso 1990–1991, lección que versó acerca de *La piel de la Tierra*, decía esto otro:

«Todo organismo vivo –y nuestro planeta la Tierra lo es a diferencia de nuestra vecina la Luna, astro muerto–, está rodeado de una membrana, una cutícula, que la separa del medio externo, con frecuencia hostil. Esta membrana, esta piel, está también viva, no es impermeable, sino que permite el paso de fluidos, gases, calor.

En nuestro mundo, la Tierra, esta capa, muy limitada en espesor, en la que confluyen Litosfera, Atmósfera, Hidrosfera y Biosfera, recibe el nombre de suelo.

Este muestra su carácter vivo de diversas formas. Nace, se desarrolla, madura y puede morir. También puede mostrar llagas, desgarraduras, o faltar totalmente en algunas áreas. Respira y transforma alimentos de origen animal o vegetal en humus, un material exclusivo del suelo del que sabemos todavía muy poco. Si añadimos al suelo diversos nutrientes, como azúcares, aumenta su respiración, consumiendo mayor cantidad de oxígeno. Otros compuestos –antibióticos, por ejemplo– disminuyen su actividad o pueden acabar con ella del todo.»

¿Qué más puedo decir? Quizá sólo que vale para el ciclo hidrológico aquella advertencia del poeta: «Así es la rosa. No la toques».

VI. UNA PROPUESTA, RAZONABLE Y RAZONADA, QUE PERMITE QUITAR HIERRO A ALGUNA DE LAS CAUSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD INVOCADAS FRENTE AL ESTATUTO: EL “INTERÉS” DE LA REGIÓN COMO CRITERIO DE ARTICULACIÓN COMPETENCIAL

Los párrafos entrecomillados que transcribo a continuación reproducen la información que me ha proporcionado por escrito el profesor Lorenzo Mellado Ruiz, autor del libro cuya lectura ha operado como causa eficiente de los presentes comentarios:

«La cuenca del río Guadalquivir tiene ahora:

- Aguas que discurren íntegramente por territorio andaluz, cuya gestión corresponde a la Junta de Andalucía.
- Y aguas que discurren fuera del territorio andaluz, cuya gestión sigue correspondiendo al Estado a través de las Confederaciones Hidrográficas, y en concreto la del Guadalquivir.

No se trata de ríos, sino de cauces, afluentes o cursos de agua menores, que convergen más adelante en el cauce principal del Guadalquivir. Pues bien, en esas provincias de Badajoz, Ciudad Real, Albacete y Murcia, la gestión del recurso, de las aguas de la Cuenca del Guadalquivir, sigue correspondiendo al Estado (realmente se trata de un porcentaje mínimo, un 2 o un 3% de los recursos globales de la cuenca), pues se trata de aguas de una cuenca intercomunitaria, y la transferencia a Andalucía se limita a las “aguas que transcurren por territorio andaluz”. Además, la Administración General del Estado gestionará los embalses de Fresneda y Montoro, ubicados fuera de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en Ciudad Real), la gestión de los embalses del Pintado y Jándula, y aquellas obras hidráulicas que tengan por objeto garantizar la disponibilidad y aprovechamiento de las aguas que afecten a un ámbito territorial que no corresponda exclusivamente a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Los casos de Ceuta y Melilla son diferentes. Se trata de Demarcaciones Hidrográficas propias, aunque vinculadas para su gestión a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir. Al no estar tampoco en territorio andaluz, los recursos de las mismas siguen correspondiendo al Estado a través de la Confederación citada.»

La solución estatutaria de asunción de las competencias de gestión de las “aguas interiores” de la cuenca supracomunitaria del Guadalquivir ha intentado justificarse o compensarse mediante la inclusión de “cláusulas o referencias formales” de ajustamiento al orden constitucional. Pero no es sólo que no exista realmente, por su intrínseca contradicción con el mismo, un ajuste ordinal con el marco constitucional, sino que realmente lo que se produce es una contradicción interna del precepto. Por su propia contradicción, la Comunidad andaluza no puede asumir en exclusiva las competencias de gestión sobre aguas de una cuenca supraautonómica, “con respeto de lo previsto —precisamente— en el art. 149.1.22ª de la Constitución”, que es la regla de reparto constitucional vinculada a la gestión hidrogeográfica integral de las cuencas. Se reserva al Estado lo previsto en dicho artículo, lo que supone reconocer, implícitamente, el carácter intercomunitario de la cuenca, y, en segundo lugar, la legitimidad de la titularidad estatal de las competencias exclusivas sobre su gestión y ordenación, que a la vez pretende asumir la Comunidad Autónoma.

Aunque se trate de una cuenca supracomunitaria, prácticamente todas las aguas del río Guadalquivir discurren por Andalucía (aproximadamente un 97,77% del total de la cuenca). Es la única cuenca intercomunitaria cuyo río principal nace y muere en el territorio de la misma Comunidad Autónoma. Su valor socioeconómico y cultural es evidente, y también su proyección como eje de articulación espacial del territorio andaluz. Como acertadamente ha señalado el profesor López Menudo («Agua y territorio», en Informe Comunidades Autónomas 2007, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2008), el “interés” de la región —que también es un criterio de articulación competencial sobre las aguas admitido y delimitado por el TC— que incluye un conjunto de competencias sectoriales vinculadas al uso y ordenación de las aguas, sobre el puro y rígido principio de unidad de planificación y gestión hidrogeográficas.

Por lo demás, el propio TC ha venido modulando en los últimos años el clásico esquema de reparto de competencias sobre la base de la dimensión supraterritorial del objeto o ámbito de incidencia. No todo lo supraautonómico es, sin más, de “interés estatal”, como se venía recogiendo en mucha de la normativa sectorial. El Estado deberá tener competencias, más allá del puro dato geográfico, cuando haya, desde un punto de vista sustantivo o material, un verdadero interés general implicado.

La opción material del Estatuto andaluz no es contraria realmente a la Constitución, sino a “una” interpretación concreta de los “ambiguos e indeterminados” preceptos constitucionales realizada en su momento —hace ya más de veinte años—, y en unas circunstancias determinadas, por el TC. Es evidente que

la gestión eficiente de las aguas requiere hoy un cambio de modelo. El poder político —sobre todo de gestión— de las Comunidades Autónomas no ha parado de crecer. Y el propio incremento de las competencias sustantivas autonómicas, singularmente las de contenido ambiental, podría justificar, en su caso, un nuevo enfoque de conjugación de las demandas de mayor protección ambiental y control de la gestión del agua con la necesaria reconsideración de la organización administrativa y de los instrumentos jurídicos de actuación. En el bien entendido de que esta interpretación alternativa en ningún caso podría tener acogida dentro de un Estatuto de Autonomía. Además, y siguiendo la discutible tesis establecida por la STC 247/2007, podría entenderse que el art. 51 del nuevo Estatuto andaluz no es inválido, por inconstitucional, sino simplemente ineficaz con respecto a los poderes públicos estatales (Organismos de Cuenca, básicamente). Podría seguir teniendo naturaleza formal estatutaria, eficacia jurídica material respecto del ordenamiento jurídico autonómico y sus propias autoridades públicas, e, incluso, una cierta virtualidad directiva respecto del legislador estatal básico. Desde esta perspectiva, el precepto carecería lógicamente de efectos competenciales, pero cabría referir la «exclusividad» a la plenitud de funciones y potestades articulables, dentro de su capacidad competencial, por los poderes públicos autonómicos. Como ha resaltado el profesor López Menudo, contribuiría esta interpretación a una cierta remodelación del sistema actual, desde la propia constatación de su ingobernabilidad. El sistema actual es, en cierta medida, contradictorio. De un lado, se asiste a un vaciamiento exponencial de los títulos de acción estatal. Pero por otro lado, y en el tema concreto de las aguas, se sigue defendiendo el principio de unidad de cuenca y de gestión integrada, así como la naturaleza tradicional —según algunos superada— de las Confederaciones Hidrográficas. La reinterpretación propuesta permitiría al Estado seguir siendo competente, al menos mientras perviva la actual jurisprudencia constitucional, sobre las cuencas intercomunitarias, pero sus principios de actuación se adaptarían a las nuevas circunstancias de descentralización máxima de nuestro Estado.

3. Final

Cuando la lectura de un libro inquieta al lector hasta el punto de suscitarle la necesidad de buscar respuesta a interrogantes que el libro le ha planteado, es que se trata de un libro de verdad. Lo es, sin duda, el libro de Lorenzo Mellado, pues ha despertado en mí la necesidad de saber, no tanto de los concretos problemas que plantea la interpretación aplicativa del Estatuto [reformado] de Andalucía sino la más desconcertante, por su evidente desmesura, de llegar a saber de las diversas ciencias a las que un operador jurídico tiene que asomarse cuando se encuentra en trance de versar sobre problemas relativos a las aguas continentales.

Las así llamadas, también conocidas como aguas terrestres, constituyen una realidad física sobre cuya naturaleza y comportamiento anda azacaneado el sintiente humano desde aquellos remotísimos tiempos en que la luz de la razón se encendió en él.

En lo que hace a nuestra Península Ibérica se posee información fehaciente sobre las aguas y su comportamiento que datan de la época romana e incluso de tiempos anteriores. Y en nuestros días –que son ya los de la trasmodernidad– un gran número de profesionales siguen proyectando el foco de su atención, especulativa y aplicativa, sobre esa realidad física: Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Ingenieros de Obras Públicas, Ingenieros de Minas, Ingenieros de Montes, e Ingenieros Técnicos Industriales. Geógrafos, Geólogos, Espeleólogos subacuáticos [esto es: de aguas continentales subterráneas], Botánicos y Vulcanólogos. Historiadores. Politólogos y Sociólogos. Etnólogos, Antropólogos y Juristas. Filólogos y Lingüistas también²⁸.

No exagero, pues, cuando califico de desmesura la mera pretensión de poseer –que es algo distinto de “picotear” de aquí y de allá– unas nociones básicas sobre tan variados saberes.

Algo, sin embargo, he aprendido estudiando en estos últimos meses los cuatro volúmenes de la *Guía física de España*, dirigida por Eduardo Martínez de Pisón, manejando el libro de Sebastián Martín–Retortillo sobre la *Ley de aguas de 1866*, y repasando los escritos de Aurelio Guita sobre montes, minas y aguas.

Confío en que las incursiones que me he visto obligado a hacer en territorios reservados a los cultores de tan variadas disciplinas no provoquen –por mor de mi ignorancia– la indignación de quienes las cultivan con ese delicado

²⁸ Historiador, etnólogo y antropólogo fue Julio Caro Baroja, cuyo estudio sobre «Norias, azudas y aceñas» puede consultarse en *Tecnología popular española*, Galaxia Gutenberg, Círculo de lectores, 1996, págs. 229–334, cuyas páginas preliminares rezan así: «Las ruedas para sacar agua y regar, usadas hoy día en España, que tienen algún interés desde el punto de vista histórico-cultural, es decir, aquellas cuya invención y perfeccionamiento no son cosa de nuestra era histórica, pueden clasificarse de esta suerte, en líneas generales: I. Ruedas elevadoras, colocadas verticalmente en ríos y acequias, con un eje horizontal, movidas por la misma corriente, provistas de cangilones o con orificios para dar entrada y salida al agua en uno de sus lados, o coronas. II. Ruedas movidas por animales, con un engranaje de linterna (u otro parecido) para extraer agua de pozos, provistas de arcaduces o cangilones. III. Ruedas movidas por el hombre con los pies (o con las manos). IV. Ruedas movidas por el aire, o sea, una especie de molinos de viento, elevadores de agua».

amor que ponemos en lo que hacemos cuando trabajamos cumpliendo la llamada de ese hablar sin fonación, porque sale de los adentros, que llamamos vocación.

Y no quiero dejar de decir, por si alguien ha tomado por falsa modestia mi afirmación de que con algunas de las lecturas que he tenido que hacer para pergeñar estos comentarios he vivido, una vez más, la enriquecedora experiencia del «progresivo descubrimiento de mi ignorancia», que, al margen de que la frase no es mía sino de Descartes, y por ello la he entrecomillado, es precisamente eso lo que nos sucede a quienes intentamos saber de algo: que después de conseguir colmatar alguna de las tantas lagunas que existen en nuestros saberes, y avanzar así un poco en la búsqueda de la verdad, inmediatamente descubrimos nuevos horizontes de ignorancia.

Por último voy a reiterar aquí la cita de Alfredo Gallego Anabitarte que recogí en la “entradilla”²⁹:

«... no hay Derecho actual y Derecho histórico, como dos mundos separados, sino Derecho vigente y Derecho derogado, y ambos son historia y presente, es decir un proceso de evolución de categorías, conceptos e instituciones sin solución de continuidad»

Mariano Baena del Alcázar, con el que coincidí en el Tribunal Supremo, expresaba la misma idea diciendo que “los Magistrados del Tribunal Supremo aplicamos Derecho derogado”. Es así efectivamente, y lo sorprendente es que la cita de Alfredo Gallego, que figura en la página 13 del tomo I de su obra (el II contiene el apéndice documental) ha pasado desapercibida, al igual que el hecho mismo que con absoluta precisión y elegancia se describe en aquellas palabras.

²⁹ La cita la he tomado de una monumental obra dirigida por el citado catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Madrid, obra en la que colaboraron con él dos discípulos suyos –Ángel Menéndez Rexachs y José Manuel Díaz Lema, que eran en ese momento profesores titulares de Derecho Administrativo y que poco tiempo después ganaron sendas cátedras de esa disciplina.

El libro se titula *El Derecho de Aguas en España* y, editado por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Secretaría General Técnica, publicado unas pocas semanas después de la entrada en vigor de esa Ley de Aguas sobre la que versa el libro, que es la de 2 de agosto de 1985, que preveía en su disposición final tercera que esa entrada en vigor tendría lugar en 1 de enero de 1986.

Espero, por último, que tampoco habré herido la sensibilidad de alguno de nuestros jóvenes administrativistas a quienes genéricamente me he dirigido aconsejándoles estudiar a nuestros clásicos. Porque lo que me ha impelido a hacerlo es mi convicción (ampliamente desarrollada en aquel trabajo mío que escribí para el Libro Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, con el título *La universidad en la que yo creo*) de que la universidad no es una escuela profesional sino que está para formar hombres cultos, finalidad que está muy lejos de cumplir en los tiempos que corren (con todas las excepciones que pueda haber, que efectivamente las habrá, algunas de las cuales efectivamente me consta que existen).

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre Derecho Autonómico

Enero-Mayo 2011

- AA.VV.: *Derecho Urbanístico y de Suelo de la Región de Murcia* (Coord.: Arturo Amores Iniesta), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. ISBN: 978-84-998-5069-6.
- AA.VV.: *Las reclamaciones económico-administrativas en materias de competencia de las Comunidades Autónomas* (Coord.: M^a Dolores Rego Blanco), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011. ISBN: 978-84-9903-804-9.
- AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Régimen Local de la Comunitat Valenciana 8/2010, de 23 de junio* (Coord.: Javier Gieure Le Caessant), Ed. La Ley-El Consultor, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-7052-565-0.
- AA.VV.: *Derecho público y Estado autonómico. Formación de funcionarios y trabajadores públicos (I y II)* (Coord.: Yolanda Gómez Sánchez), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. ISBN: 978-84-9004-061-4 (vol. I) / 978-84-9004-063-8 (vol. II).
- AA.VV.: *Derecho Urbanístico de Castilla-La Mancha* (Dir.: Enrique Sánchez Goyanes; Coords.: Javier Sanz Lázaro y Alfonso Vázquez Oteo), 2^a edición, Ed. La Ley-El Consultor, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-7052-567-4.
- AA.VV.: *La Tutela Jurídica de la Red de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía*, (Coords.: Daniel Del Castillo Mora y Miguel Sánchez Carmona), Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2011. ISBN: 978-84-8333-484-3.
- GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M.: *Análisis de la protección tributaria del Medio Ambiente especial referencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011. ISBN: 978-84-9903-740-0.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V.; GUTIÉRREZ J.: *Comentario sobre el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. (D.60/2010 de 16 de marzo)*, Ed. Fundación Asesores Locales, Málaga, 2011. ISBN: 978-84-6146-526-2.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *Lecciones de Derecho Urbanístico Aragonés*, Ed. Cívitas, Pamplona, 2011. ISBN: 978-84-470-3623-3.

- MAZA FERNÁNDEZ, A.; VILLAVERDE CASTRO, J.: *La competitividad de la economía cántabra: una perspectiva sectorial*, Ed. Cívitas, Pamplona, 2011. ISBN: 978-84-470-3638-7.
- MENÉNDEZ REXACH, A.; ORTEGA BERNARDO, J.: *Competencias y coordinación en la gestión de residuos por las distintas administraciones públicas*, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-8188-321-3.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: *El nuevo Estatuto de Extremadura*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-9768-852-9.
- SOSA WAGNER, F.; FUERTES, M.: *El Estado sin territorio. Cuatro relatos de la España autonómica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-9768-843-7.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: *La participación de las Comunidades Autónomas en el procedimiento legislativo europeo*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2011. ISBN: 978-84-7777-369-6.

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

I A A P