

# Administración de Andalucía

## Revista Andaluza de Administración Pública

■ 80/2011  
Mayo-Agosto

### ESTUDIOS

*Severiano Fernández Ramos*  
La reordenación del Sector Público Andaluz. Reflexiones para el debate.

*Marta García Pérez*  
Luces y sombras del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

*José María Pérez Monguió*  
Deberes de los altos cargos andaluces en ejercicio.

*Javier E. Quesada Lumbreras*  
Retroactividad de las normas *versus* derechos adquiridos: A propósito del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

### JURISPRUDENCIA

#### Comentarios de Jurisprudencia

Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 30/2011, de 16 de marzo de 2011. Sus consecuencias jurídico-administrativas.  
(*Carmen Carretero Espinosa de los Monteros*)  
(*Miguel Jesús Sánchez Carmona*)

#### Notas de Jurisprudencia

#### CRÓNICA PARLAMENTARIA

La ampliación de la iniciativa legislativa popular.  
(*Manuel Medina Guerrero*)

#### DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Régimen jurídico-administrativo de la tutela asistencial de menores y de los Centros de Protección.

Ordenamiento oficial sobre pesas y medidas.

Las fundaciones universitarias andaluzas como sujetos de la contratación pública.

#### RESEÑA LEGISLATIVA

#### NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

**INFORME:** La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011 ¿hasta dónde el control de la discrecionalidad del planeamiento? El caso de la biblioteca central universitaria de Sevilla.

#### NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS



Instituto Andaluz de Administración Pública  
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### BIBLIOGRAFÍA





# ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

## REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**Nº 80**

---

---

**Mayo-Agosto 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<sup>a</sup> 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](http://juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica)

Email: [publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es](mailto:publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es)



## ESTUDIOS

|  |     |
|--|-----|
| <i>Severiano Fernández Ramos</i><br>La reordenación del Sector Público Andaluz. Reflexiones para el debate.  | 13  |
| <i>Marta García Pérez</i><br>Luces y sombras del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.  | 81  |
| <i>José María Pérez Monguió</i><br>Deberes de los altos cargos andaluces en ejercicio.   | 115 |
| <i>Javier E. Quesada Lumbreras</i><br>Retroactividad de las normas <i>versus</i> derechos adquiridos: A propósito del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. | 147 |

## JURISPRUDENCIA

### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

|  |     |
|--|-----|
| Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 30/2011, de 16 de marzo de 2011. Sus consecuencias jurídico-administrativas.<br>(Carmen Carretero Espinosa de los Monteros)<br>(Miguel Jesús Sánchez Carmona) | 183 |
|--|-----|

### 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.-<br>(Francisco Escribano López) | 195 |
|--|-----|

#### 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  | 249 |
| <i>(José I. López González)</i>                             |     |
| Tribunal Superior de Justicia de Andalucía                  | 277 |
| <i>(José L. Rivero Ysern)</i>                               |     |

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

|   |     |
|---|-----|
| La ampliación de la iniciativa legislativa popular. | 291 |
| <i>(Manuel Medina Guerrero)</i>                     |     |

## DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

|  |     |
|--|-----|
| Régimen jurídico-administrativo de la tutela asistencial de menores y de los Centros de Protección | 305 |
| <i>(María Luisa Roca Fernández-Castany)</i>  |     |
| Ordenamiento oficial sobre pesas y medidas.  | 341 |
| <i>(Víctor Manteca Valdelande)</i>   |     |
| Las fundaciones universitarias andaluzas como sujetos de la contratación pública.                  | 389 |
| <i>(Manuel Mesa Vila)</i>  |     |

# RESEÑA LEGISLATIVA

|   |     |
|---|-----|
| Reseña de disposiciones de las Unión Europea<br>( <i>Lucía Millán Moro</i> )                                  | 419 |
| Crónica normativa de la Junta de Andalucía.<br>( <i>Juan Antonio Carrillo Donaire</i> )                       | 455 |
| Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica.<br>( <i>José I. Morillo-Velarde Pérez</i> ) | 475 |

---

# NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

|   |     |
|---|-----|
| <b>INFORME:</b><br>La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011<br>¿hasta dónde el control de la discrecionalidad del planeamiento?<br>El caso de la biblioteca central universitaria de Sevilla.<br>( <i>José I. Morillo-Velarde Pérez</i> ) | 481 |
|---|-----|

---

# NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| ( <i>Jesús Jordano Fraga</i> ) | 491 |
|--------------------------------|-----|

---

# RECENSIONES

## RECENSIONES

|  |     |
|--|-----|
| RIVERO YSERN, E. y FERNANDO PABLO, M., <i>Equidad, Derecho administrativo y Administración Pública en España.</i><br>( <i>José Luis Rivero Ysern</i> ) | 503 |
|--|-----|

- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, 2011. 509  
(Juan Antonio Carrillo Donaire)
- GARCÍA URETA, A., *Derecho Europeo de la Biodiversidad (Aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna)*, Iustel, Madrid, 2010, 751 págs. 517  
(Jesús Jordano Fraga)
- 

## BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO** 525  
(Javier E. Quesada Lumbreras)



# 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 Reordenación del Sector Público Andaluz: Reflexiones para el debate

*Severiano Fernández Ramos*

Acreditado al Cuerpo de Catedráticos de Universidad  
Universidad de Cádiz

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: UNA REFORMA ACCIDENTADA. II. LOS ORÍGENES DE LA REFORMA. III. LOS MOTIVOS DESENCADENTES DE LA REFORMA. 1. La sujeción de las entidades instrumentales privadas a la normativa de contratación pública. 2. La prohibición de las entidades instrumentales privadas de ejercer funciones públicas. 3. Las limitaciones a las encomiendas de gestión a entidades instrumentales privadas. 4. El régimen de selección del personal. 5. Estabilidad presupuestaria y responsabilidad patrimonial. 6. Recapitulación: el proceso general de «agencialización». IV. EL NUEVO SISTEMA DE AGENCIAS. 1. El sistema de Agencias en la LAJA 2007. 2. El sistema de Agencias en tras la Ley 1/2011. 3. Régimen del personal de las Agencias: la doble dependencia. 4. Integración del personal en las agencias. 5. Integración del personal funcionario. 6. Integración del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. 7. La reserva funcional al Estatuto funcional. V. CONCLUSIONES.

## RESUMEN:

Tras un accidentado inicio, la Ley 1/2001, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, constituye la mayor reforma de la Administración de la Junta de Andalucía desde su creación. Este trabajo tiene por objeto aportar elementos para el necesario debate doctrinal acerca de las novedades que suscita la Ley 1/2001 y, en particular, acerca de la nueva modalidad de agencias públicas empresariales y el régimen del personal de las mismas.

## Palabras claves:

Huida del Derecho Administrativo. Agencias públicas. Funciones públicas.

## ABSTRACT:

After a rough start, law 1/2001 of 17 February, rearrangement of the public sector in Andalusia, is the most comprehensive reform of the administration of the Junta de Andalucía since its inception. This work aims to make a

contribution to the necessary doctrinal debate about developments arising from Act No. 1 of 2001 and, in particular on the new mode of business public agencies and the staff of the same regime.

Keywords:

Flight of the administrative law. Public agencies. Public functions.

## I. INTRODUCCIÓN: UNA REFORMA ACCIDENTADA

El *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* publicó el 28 de julio de 2010 el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, así como el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de julio de 2010, por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía<sup>1</sup>. Mediante este Decreto-Ley se operaba una reforma de la regulación de las entidades instrumentales contenida en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), al tiempo que se modificaba el régimen de un conjunto importante de dichas entidades<sup>2</sup>. En la práctica, el Decreto-Ley 5/2010 venía a constituir la mayor reforma de la Administración de la Junta de Andalucía desde su creación, y una operación de gran envergadura y calado político y jurídico.

En concreto, el Decreto-Ley 5/2010 crea la *Agencia Andaluza del Conocimiento* (que sustituye al organismo autónomo Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, a la Sociedad para el Impulso del Talento, Talentía, S.L.U., y el Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, S.A.U.)<sup>3</sup>; la *Agencia de Obra Pública* (que sustituye a Ferrocarriles de la Junta de Andalucía, hasta entonces entidad de derecho público del artículo 6.1.b de la Ley 5/1983 General de Hacienda Pública de la Co-

---

<sup>1</sup> Este plan tiene su origen inmediato en el Acuerdo de Política Fiscal y Financiera de 15 de junio de 2010, según el cual las Comunidades Autónomas asumieron el compromiso de aplicar una política de racionalización del sector público.

<sup>2</sup> El acuerdo adicional del Consejo de Gobierno era preciso por razones legales. Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma, la extinción de fundaciones del sector público deben ser autorizadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

<sup>3</sup> La Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria fue creada por la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades, como Organismo Autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía.

munidad Autónoma de Andalucía, y a la empresa pública Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A.)<sup>4</sup>, la *Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol* (que sustituye a la Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol, hasta entonces entidad de derecho público del artículo 6.1.b de la Ley 5/1983)<sup>5</sup>, la *Agencia de Gestión Agraria y Pesquera* (que sustituye a la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero, S.A.)<sup>6</sup>, la *Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía* (que sustituye a la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y a la Fundación Andaluza para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social, FADAIS)<sup>7</sup>, la *Agencia Andaluza de Instituciones Culturales* (que sustituye al Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, hasta entonces entidad de derecho público del artículo 6.1.b de la Ley 5/1983)<sup>8</sup> y la *Agencia del Medio Ambiente y Agua de Andalucía* (que sustituye a la Agencia Andaluza del Agua, hasta entonces or-

---

<sup>4</sup> El Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces fue creado por la Ley 2/2003 de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía como una entidad de derecho público de las previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Ley 9/2006 de 26 de diciembre, de Servicios Ferroviarios de Andalucía, modificó su denominación por la de Ferrocarriles de la Junta de Andalucía. Por su parte, GIASA tenía origen en la Empresa Sociedad de Gestión de Infraestructuras, Sierran Nevada 1995.

<sup>5</sup> La Empresa Pública Hospital de la Costa del Sol fue creada por Ley 4/1992, de 30 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1993.

<sup>6</sup> Esta empresa tenía origen en la Empresa Andaluza de Gestión de Tierras SA, modificada mediante Decreto 180/1996, de 7 de mayo.

<sup>7</sup> La disposición adicional sexta de la Ley 9/2007 autorizó la creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalucía como agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la misma Ley, pero tal agencia no llegó efectivamente a crearse. Por su parte, la constitución de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales fue autorizada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en su reunión del día 24 de octubre de 2000, como una fundación de carácter social, con la finalidad de desarrollar y divulgar actuaciones a favor de las personas y grupos socialmente desfavorecidos. Finalmente, la Fundación Pública Andaluza para la Atención a las Drogodependencias se constituyó en marzo de 1998 como entidad de gestión dirigida a la atención de personas afectadas por las drogodependencias y adicciones. En el año 2006 se ampliaron los fines sociales de FADAIS, incluyendo a otros colectivos desfavorecidos socialmente o en riesgo de exclusión.

<sup>8</sup> Se da la circunstancia de que la denominación de Instituto Andaluz de las Artes y las Letras fue creada tan sólo unos pocos meses antes, el 13 de abril de 2010, para cambiar de nombre a la hasta entonces la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales, la cual, a su vez, tiene origen en la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales y Deportivos, creada por la Ley 3/1991, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1992, como empresa de la Junta de Andalucía de las previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ganismo autónomo, y a la Empresa de Gestión Medioambiental, S.A.)<sup>9</sup>. Asimismo, se modifica la configuración de otras entidades: el *Servicio Andaluz de Empleo* (hasta entonces organismo autónomo) adopta la configuración de agencia de régimen especial y sustituye a la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo<sup>10</sup>; y se configuran como agencias públicas empresariales la *Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo*<sup>11</sup> y el *Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*<sup>12</sup>.

El Decreto-Ley 5/2010 sería convalidado por el Parlamento andaluz al día siguiente de su publicación, el 29 de julio de 2010<sup>13</sup>, si bien ello no sería sino el inicio de un complejo y accidentado proceso normativo. De hecho, el Decreto-Ley fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte de un grupo de diputados del Partido Popular<sup>14</sup>.

Pero, sobre todo, debido a la altísima (y sin precedentes) contestación por parte de sectores amplios de los empleados públicos de la Administración au-

---

<sup>9</sup> EGMASA, empresa pública de la Junta de Andalucía de las previstas en el artículo 6.1.a) de la Ley General de Hacienda Pública, fue autorizada su constitución por el Decreto 17/1989 de 7 de febrero, siendo suscrito el capital social íntegramente por la Agencia de Medio Ambiente, organismo autónomo de la Junta de Andalucía extinguido posteriormente. Por su parte, la Agencia Andaluza del Agua tiene origen en el Instituto Andaluz del Agua, creado en 2001 como órgano administrativo dependiente de la Secretaría General de Aguas y transformado por la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, en el organismo autónomo Agencia Andaluza del Agua. Todavía el Decreto 2/2009, de 7 de enero, por el que se aprobaron los nuevos estatutos de la Agencia Andaluza del Agua, continuaba considerando a esta entidad como organismo autónomo de carácter administrativo.

<sup>10</sup> El Servicio Andaluz de Empleo fue creado por la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, como organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía.

<sup>11</sup> Por Decreto 347/2004, de 25 de mayo, por el que se establece la Estructura Orgánica de la Consejería de la Presidencia, se creó la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional como Centro Directivo de la citada Consejería. Y por Ley 2/2006, de 16 de mayo, se transformó en la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, como Entidad de Derecho público.

<sup>12</sup> El Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico fue creado como servicio administrativo sin personalidad jurídica propia por el Decreto 107/1989, de 16 de mayo, y a partir de la Ley 5/2007, de 26 de junio, pasó a constituirse en entidad de derecho público de las previstas entonces en el artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>13</sup> *BOJA* 6-8-2010.

<sup>14</sup> Recurso de Inconstitucionalidad núm. 7686-2010, que sería admitido a trámite por el pleno del Tribunal Constitucional el 23 de noviembre de 2010. *BOJA* 15-12-2010.



tonómica, el Gobierno andaluz pactó el 29 de octubre de 2010 una modificación de algunos aspectos del Decreto-Ley 5/2010 con dos organizaciones sindicales (UGT y CC OO)<sup>15</sup>, acuerdo que sería ratificado en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía el 18 de noviembre de 2010<sup>16</sup>, y tales modificaciones se plasmaron en el Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, de «medidas complementarias» del Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, cuando en realidad se trataba de una rectificación parcial del mismo<sup>17</sup>.

Sin embargo, esta modificación pactada con las dos centrales sindicales no pacificó la reforma, pues se encontró con la oposición del resto de organizaciones sindicales específicas del ámbito del empleo público andaluz (CSI-CSIF, SAFJA, USTEA), así como de asociaciones y plataformas creadas «ad hoc» por los propios empleados públicos. Así, aun cuando el Decreto-Ley 6/2010 fue también convalidado por el Parlamento andaluz, se acordó su tramitación como proyecto de ley con objeto de mejorar la legitimación de las medidas contenidas en el mismo<sup>18</sup>, lo cual obligó a prorrogar, mediante Decreto Ley 7/2010, de 28 de diciembre, los plazos establecidos en los Decretos-Leyes an-

---

<sup>15</sup> Según la propia exposición de motivos del posterior Decreto-Ley 6/2010: «Las cuestiones más importantes de dicho Acuerdo están relacionadas con las garantías de salvaguarda de los derechos de los empleados públicos, reforzando la voluntariedad del proceso de integración. Asimismo, queda garantizada la aplicación del Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario y la aplicación del Convenio Colectivo de la Administración de la Junta de Andalucía al personal laboral de dicha Administración hasta que exista un nuevo convenio colectivo. De igual forma, se indica que se mantiene la condición de personal funcionario o laboral, con independencia de su integración en alguna de las nuevas agencias».

<sup>16</sup> Los acuerdos alcanzados en la Mesa General de Negociación del Empleado Público fueron aprobados por el Consejo de Gobierno el 7 de diciembre de 2010 (*BOJA* 27-12-2010), por tanto, más tarde de la aprobación del Decreto-Ley 6/2006 que los plasmó normativamente. Asimismo, debe señalarse que el texto no fue objeto de negociación en la Mesa Sectorial de Administración General, ni en la de Sanidad, ni en la Educación.

<sup>17</sup> El Decreto-ley 6/2010 optó por la reproducción del Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, integrando en el mismo las modificaciones que se realizan, procedentes del Acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía. Según la exposición de motivos: «Con ello se pretende lograr una mejor comprensión de las medidas adoptadas así como facilitar su aplicación, dando preponderancia a su carácter didáctico sobre la mayor extensión del mismo». Esta técnica, un tanto sorprendente, era probablemente necesaria debido a la intención de tramitar en el Parlamento el Decreto-Ley como Proyecto de Ley.

<sup>18</sup> *BOPA* 10-12-2010.

teriores para concluir el proceso de adecuación de la reordenación del sector público<sup>19</sup>.

Finalmente, tras su tramitación por el procedimiento de urgencia, el Parlamento andaluz aprobó la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía<sup>20</sup>, que será la norma a aplicar en el futuro, pues en la práctica el Decreto-Ley 5/2010 careció de aplicación, lo cual cuestiona la utilización de la figura del Decreto-Ley. Por lo demás, la Ley 1/2001 también fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte de un grupo de parlamentarios del PP<sup>21</sup>. Asimismo, el 19 de abril de 2011 el Consejo de Gobierno aprobó los Estatutos de las Agencias previstas por la Ley 1/2011<sup>22</sup>, y al

---

<sup>19</sup> *BOJA* 31-12-2010. De acuerdo con la disposición adicional tercera del Decreto-Ley 5/2010, que no modificó el Decreto-Ley 6/2010, los Estatutos de las entidades instrumentales y la modificación de las estructuras orgánicas de las Consejerías a las que afectaba el Decreto-Ley debían aprobarse y publicarse antes del 31 de diciembre de 2010, y antes de la misma fecha debían concluirse todas las operaciones jurídicas derivadas del mismo. Por su parte, el Decreto-Ley 7/2010 estableció que el plazo sería de seis meses a partir de la entrada en vigor del propio Decreto-Ley 7/2010 –disposición final tercera–. Como puede apreciarse, aun cuando en la práctica habitual este tipo de plazos se incumplen sin mayores problemas, en este caso el Gobierno andaluz actuó con celeridad prorrogando y publicando la prórroga dentro del plazo, con objeto de no dejar un nuevo flanco a las impugnaciones futuras.

<sup>20</sup> *BOJA* 21-2-2011. La Ley 1/2011 volvió a modificar la disposición final tercera del anterior Decreto-Ley 6/2010: «Los Estatutos de las entidades instrumentales y la modificación de las estructuras orgánicas de las Consejerías a las que afecta esta Ley deberán aprobarse y publicarse antes del día 30 de junio de 2011. Antes de la misma fecha habrán de concluirse todas las operaciones jurídicas derivadas de la misma».

<sup>21</sup> Recurso de Inconstitucionalidad núm. 2733-2011, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra ciertos artículos y disposiciones de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 7 de junio de 2011. *BOJA* 27-6-2011.

<sup>22</sup> *BOJA* 29-4-2011. Decreto 92/2011, de 19 de abril, por el que aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento; Decreto 94/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía; Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo; Decreto 98/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, y se modifican los de otras Agencias Públicas Empresariales Sanitarias; Decreto 99/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía; Decreto 103/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales; Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía; Decreto 104/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía. La Ley 1/2011 dispuso que los Estatutos de las Agencias se-

día siguiente, 20 de abril, serían aprobados mediante resoluciones de la Secretaría General para la Administración Pública los correspondientes protocolos de integración<sup>23</sup>. A estos Decretos han seguido otras disposiciones organizativas en la misma línea<sup>24</sup>.

## II. LOS ORÍGENES DE LA REFORMA

En el contexto político de una entonces eventual reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981, en septiembre de 2003 el Gobierno andaluz publicó un documento llamado “*Estrategias y propuestas para la segunda modernización de Andalucía*”<sup>25</sup>. Entre otras muchas temáticas, en este documento se aborda la necesidad de «reinventar las Administraciones Públicas»<sup>26</sup>:

«Si los modelos organizativos de las comunidades autónomas se han basado hasta ahora en una clara imitación del modelo estatal tradicional, el

---

rían objeto de negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía (disposición adicional octava). Lo cierto es que después de la anulación de los Estatutos de la Agencia Tributaria Andaluza por falta de negociación previa, era más que evidente la necesidad de respetar este trámite

<sup>23</sup> *BOJA* 30-4-2011. El Decreto-Ley 5/2010 ya dispuso que los protocolos de integración serían aprobados previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal e informe de los órganos correspondientes de la Consejería competente en materia de Hacienda (disposición adicional cuarta). Por su parte, la Ley 1/2011 mantuvo el precepto anterior y añadió que los protocolos de integración también serían objeto de negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía (disposición adicional octava).

<sup>24</sup> Decreto 217/2011, de 28 de junio, de adecuación de diversas entidades de Derecho Público a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, por el que pasan a adquirir la condición de agencias públicas empresariales de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos (adscrito a la Consejería de Educación), la Agencia Andaluza de la Energía, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (ambas adscritas a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia), la Agencia Pública de Puertos de Andalucía y la Empresa Pública de Suelo de Andalucía (ambas adscritas a la Consejería de Obras Públicas y Vivienda). Se trataba de entidades de Derecho Público creadas al amparo del artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>25</sup> El documento fue elaborado por el Consejo Asesor para el debate de la Segunda Modernización de Andalucía, nombrado por el Consejo de Gobierno y presidido por Manuel Pezzi, y publicado por la Consejería de Presidencia. Los textos subrayados son míos.

<sup>26</sup> Los subrayados son míos.

propio desarrollo autonómico y la necesidad de responder competitivamente a los desafíos del futuro exigen avanzar hacia fórmulas organizativas más innovadoras y originales. Unas fórmulas que cuentan ya con precedentes suficientemente que son conocidos internacionalmente, así como con experiencias desarrolladas en Andalucía que requieren, en todo caso, progresar hacia una nueva cultura organizativa donde se prime la posición estratégica de las unidades, por encima del mero organigrama.

Desde esta perspectiva se propone como postulado general de partida un modelo de adecuación de la estructura general de la Administración autonómica a la dualidad entre:

1. Funciones regulativas o finalistas de carácter general, atribuidas a una esfera burocrática central.

2. Funciones estrictamente implementadoras o prestadoras, que serán susceptibles de un proceso de agencialización pública.

(...). Ello implicará una doble propuesta:

> Reordenación y simplificación de las estructuras centrales, evitando la reiteración de competencias fragmentadas y verticalizadas actualmente existentes.

> Reestructuración de las esferas periféricas encargadas de labores de prestación, siguiendo un diseño de horizontalización que incremente la capacidad prestadora, lo que puede alcanzarse a través de un proceso general de agencialización pública, que iría más allá del simple estatuto de la empresa pública desarrollado en otras comunidades autónomas. Teniendo en cuenta las diversas experiencias comparadas, se trataría de avanzar hacia un modelo básico de agencia caracterizado por su titularidad estrictamente pública, por su vinculación a un marco finalista estratégico (que se define de forma expresa desde la esfera central, sobre la base de contratos-programa que establecen los objetivos públicos a alcanzar), y sometida a un intenso sistema de control de resultados.

(...)

Al tratarse de un modelo o propuesta de carácter general, debe entenderse generalizable de forma gradual hacia todos los ámbitos materiales de la acción pública autonómica, sobre la base de un criterio de especialización funcional entre:

> Las áreas que definen objetivos establecen regulaciones, planifican líneas de actuación, fijan modelos de prestación, asumen funciones de supervisión y control, etcétera que quedarían situadas en el ámbito departamental de las Consejerías.

> Las áreas estrictamente prestadoras de servicios, que serían en su caso agencializables.

(...)

Desde la perspectiva del diseño organizativo, la propuesta implicará lógicamente una reducción de los servicios centrales, eliminando las duplicaciones y distorsiones competenciales actualmente existentes, al mismo tiempo que podrían ampliarse los recursos comunes a los diversos departamentos. En todo caso, la estructuración interna de estas áreas centrales debería ajustarse a la dualidad entre sectores de planificación y regulación, frente a los de evaluación y control, buscando siempre un modelo de organización más plana y una clarificación en cuanto a atribución de responsabilidades.

La implementación legal de esta propuesta requeriría el desarrollo de mecanismos de traspasos de personal y competencias a las agencias, y regulación del sistema de relaciones entre éstas y la organización central, especialmente en el ámbito de la gestión financiera: aunque a este respecto cabe aludir a la experiencia adquirida en Andalucía en torno a los denominados «contratos-programa»<sup>27</sup>.

(...)

En cuanto a la política de personal, aunque el elemento humano parece el más interesado en la modernización de las organizaciones públicas, su reforma ha sido siempre la que ha planteado más resistencias. La adquisición de determinados estatus genera un ambiente reacio al cambio entre el personal público: de ahí la necesidad de una estrategia sobre recursos humanos en la Administración, implicando la fijación de tareas y metas, donde se concilien los intereses de los ciudadanos y usuarios con los de la propia organización. Se

---

<sup>27</sup> El documento no ahorra algún descalificativo para los profesionales del Derecho: «Igualmente exigiría una modificación de los soportes legales que condicionan el funcionamiento del sector público, así como un esfuerzo global de innovación que permita a la esfera jurídica y a los profesionales del derecho convertirse en instrumentos de impulso y gestión del cambio, abandonando su tradicional postura de freno y/o de conservación de las rutinas adquiridas en el pasado» (pág. 84).

trata siempre de un escenario inestable donde el desafío de la mayor eficacia de las organizaciones públicas se enfrenta a un complejo equilibrio de tensiones, con alternativas plurales.

Por eso una estrategia de recursos humanos exige siempre un razonable grado de consenso con el propio personal afectado, implicando un adecuado conocimiento de los intereses y necesidades de los colectivos afectados.

(...)

3. El nuevo modelo de organización exige profundizar en una clara diferenciación:

> El estatuto jurídico que le corresponde al funcionario público, que deberá estar investido de la *autoritas* propia de su función, aunque restringida a los supuestos que inexcusablemente son necesarios para su ejercicio.

> El resto del personal al servicio de las organizaciones públicas que presta servicios a los ciudadanos, y que inevitablemente debe acercar su regulación jurídica al resto de los trabajadores por cuenta ajena.

Desconozco si los redactores del Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, tuvieron o no presente esta propuesta, pero en cualquier caso es evidente que en ella se encuentran los dos elementos fundamentales de la llamada reordenación del sector público andaluz: de un lado, la descentralización de las funciones ordinarias de la Administración de la Junta de Andalucía a agencias públicas (el llamado por el documento «proceso general de agencialización pública»), y, de otro, la preferencia por el personal laboral, circunscribiendo al personal funcionario al mínimo imprescindible. Y todo ello en un contexto de bonanza económica.

En todo caso, lo cierto es que durante la legislatura siguiente (2004-2008) este documento de propuestas pasó al olvido, pues el Gobierno andaluz centró su agenda política en la reforma del Estatuto de Autonomía. Más aún, hacia el final de esta legislatura y ya en vigor el nuevo Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía), fue aprobada la 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que presenta un diseño ortodoxo, muy influenciado por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (salvo en lo referente a la Administración periférica), y que en absoluto

permite pensar en una reforma de calado como la llevada a cabo por la Ley 1/2011.

Mientras tanto, el Gobierno siguió la práctica de creación de entidades jurídico-privadas y de encargos o encomiendas de gestión a las mismas por parte de la Consejería de múltiples actividades, práctica –como es notorio– muy extendida en todo el país y de la que se ha ocupado extensamente la doctrina<sup>28</sup>, si bien en la Comunidad Autónoma andaluza alcanzó desde finales de los años 90 una considerable dimensión<sup>29</sup>.

### III. LOS MOTIVOS DESENCADENTES DE LA REFORMA

Junto al detonante de la crisis económica y la inexcusable necesidad de ahorrar gasto público, así como junto a otro tipo de preocupaciones sobre una eventual supresión de empresas y fundaciones del sector público, con el consiguiente despido del personal, hay además motivaciones estrictamente jurídicas detonantes de la reforma. En efecto, con invocación del principio constitucional de eficacia, mediante la creación de entes instrumentales con forma jurídico-privada se ha tratado fundamentalmente de eludir los procedimientos de control del gasto y de selección de contratistas y empleados y, en general, la aplicación de los procedimientos y garantías propias del Derecho Administrativo<sup>30</sup>. Sin embargo, esta situación ha cambiado en los últimos años, sobre to-

---

<sup>28</sup> Véase, entre otros, S. MARTÍN-RETORTILLO, “Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n.º 140 (1996); E. MONTOYA MARTÍN, “Las empresas públicas sometidas al derecho privado”. *Monografías jurídicas*. Ed. MP, (1996); A. TRONCOSO REIGADA “Privatización, empresa pública y constitución”. *Monografías jurídicas*. Ed. MP., (1997); R. RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Ed. Marcial Pons, (1998).

<sup>29</sup> La entonces Consejería de Justicia y Administración Pública publicó un completo inventario, cerrado a 31 de diciembre de 2004, de «La Administración Instrumental de la Junta de Andalucía», ISBN 84-688-7847-2. Sobre la situación anterior a la LAJA, véase M. REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, n.º 161, 2003, pp. 359 y ss., donde señala las prácticas patológicas, pero extendidas, de encargar a una entidad instrumental jurídico-privada no ya una actividad, sino meramente la contratación del personal. Una visión global de las entidades dependientes de las Comunidades Autónomas se puede obtener en el Informe “Inventario de Entes Dependientes de las Comunidades Autónomas” que anualmente publica el MEH.

<sup>30</sup> Véase M. NAVAJAS REBOLLAR, *La nueva Administración instrumental*, Colex, Madrid, 2000; R. FERNÁNDEZ MONTALVO, «Régimen de contratación de la Administración instrumental», en *La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005, p. 121.

do desde la aprobación, casi contemporánea, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y de la propia Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA).

### **1. La sujeción de las entidades instrumentales privadas a la normativa de contratación pública**

Como es bien sabido, la Ley 13/1995, de 28 de diciembre, de Contratos de las Administraciones Públicas limitó su ámbito de aplicación, de un modo formal, a las «entidades de derecho público» (situación que no se vería alterada sustancialmente tras la reforma llevada a cabo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre), mientras que para las sociedades mercantiles del sector público se dispuso únicamente su sujeción a unos genéricos principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional sexta)<sup>31</sup>. Como puso de manifiesto la doctrina, esta disposición no concreta las específicas formas de cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia, por lo que resulta complicada la exigencia de respeto de dichos principios<sup>32</sup>.

Sin embargo, era un hecho cierto que esta noción jurídico-formal de entidades de derecho público no se acomodaba a la norma y ni a los criterios comunitarios de la contratación pública, situación ampliamente denunciada por la doctrina<sup>33</sup> y que se vio confirmada por varias sentencias condenatorias de

---

<sup>31</sup> Sobre la evolución del régimen contractual de estas entidades, véase A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, «La actividad contractual de las sociedades públicas», en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Sebastián Martín-Retortillo*, Cívitas, Madrid, 2003, pp. 429 y ss.

<sup>32</sup> Así lo señalaba A. PÉREZ MORENO, «La contratación de los Entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público», en VV. AA., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cívitas, Madrid, 1996. La debilidad de la DA 6ª LCAP fue puesta pronto de manifiesto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe de 24/95, de 24 de octubre relativo al alcance y aplicación de la DA 6ª LCAP a las sociedades mercantiles de capital público, al declarar que la DA 6ª «*sujeta la actividad contractual de las sociedades mercantiles de capital público a los principios de publicidad y concurrencia, si bien la sujeción a estos principios no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia, pues de haberlo querido así el legislador lo hubiera consignado expresamente, debiendo ser la propia empresa la que deba decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque sí posible, acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones para contratar, etc...) que contiene la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a cuyos preceptos no quedan sujetas las sociedades de capital público*».

<sup>33</sup> Véase entre la doctrina de esta época, S. DEL SAZ CORDERO, «La huida del Derecho administrativo. Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *Revista de Administración Pública*, nº



España por el Tribunal de Justicia<sup>34</sup>, lo cual obligó a legislador estatal a reformar el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social –art. 67–<sup>35</sup>, criterio que también sería seguido por el legislador autonómico<sup>36</sup>.

En todo caso, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, delimita tanto a las sociedades mercantiles como a las fundaciones del sector público dentro de su ámbito subjetivo de aplicación (artículo 3.1. letras d y f). Y dentro de las entidades que integran el sector público, a efectos de la Ley 30/2007, tendrán la consideración de *poderes adjudicadores* (artículo 3.3), las entidades del sector público que no siendo Administraciones Públicas, hayan

---

133 (1994); J.M<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, «La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *RAP* núm. 151, 2000, pp. 11 y ss.; E. MONTOYA MARTÍN, “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de “Poder adjudicador” en las Directivas de la contratación pública de servicios, suministros y obras”, *RAAP*, n<sup>o</sup> 41, 2001, págs.121-154; G. MARTÍNEZ MARTÍ, «El régimen jurídico de contratación aplicable a las sociedades mercantiles públicas y la huida del Derecho Administrativo», *RVEH* N<sup>o</sup> 3 – III/2001, pp. 71 y ss.

<sup>34</sup> STJUE de 15 de mayo de 2003, Comisión contra Reino de España, asunto 214/2000; STJUE de 16 de octubre de 2003, Comisión contra R. de España, asunto C-283/2000.

<sup>35</sup> El artículo 2.1 del TRRL pasó a disponer lo siguiente: «Las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del impuesto sobre el Valor Añadido de 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalente a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados”.

<sup>36</sup> El artículo 122 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas (*B.O.ª* número 251, de 31 de diciembre de 2003), dispuso: “Las entidades privadas vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que tengan la condición de poder adjudicador de conformidad con las disposiciones comunitarias, se someterán a la legislación administrativa de contratos para la preparación y adjudicación de contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y de servicios, siempre que la cuantía de los mismos iguale o supere la de las cifras fijadas en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”.

sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia<sup>37</sup>.

La condición de poder adjudicador parece evidente para las Fundaciones, por su propia naturaleza de organizaciones sin ánimo de lucro que tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general<sup>38</sup>. Por el contrario en el caso de las sociedades mercantiles, dada su naturaleza será preciso analizar –caso por caso– su objeto social, para constatar si concurren o no las circunstancias exigidas por el artículo 3.3 de la Ley 30/2007<sup>39</sup>. No obstante, lo cierto es que debido al carácter acentuadamente instrumental de las sociedades mercantiles creadas por el Gobierno de la Junta de Andalucía, criterio de instrumentalidad acentuado por la LAJA, puede afirmarse que la gran mayoría deben considerarse poderes adjudicadores a efectos de su sujeción a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

## **2. La prohibición de las entidades instrumentales privadas de ejercer funciones públicas**

Como es sabido, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) estableció con referencia a las sociedades mercantiles estatales que “en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública” (disposición adicional duodécima)<sup>40</sup>, criterio que reproduciría la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, para las fundaciones del sector público es-

---

<sup>37</sup> Véase, L. MELLADO RUIZ, «Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», *RAAP* 74, 2009, en particular pp. 118 y ss.

<sup>38</sup> Así, lo señala M. MESA VILA, «La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y su influencia en el régimen de contratación de las fundaciones del sector público andaluz», *RAAP* núm. 69, 2008, p. 310.

<sup>39</sup> En el caso de no concurrir las circunstancias del artículo 3.3. de la Ley 30/2007, el artículo 176.1 de la Ley determina que las restantes Entidades del sector público, que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

<sup>40</sup> Prohibición que fue en su día aplaudida por la doctrina. Así, S. MARTÍN-RETORTILLO, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *RAP* n° 144, 1997, p. 12. No obstante, como observara J.L. MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ –“Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?”–,

tatal, al establecer que estas entidades no podrán ejercer potestades públicas –art. 46.1–. Asimismo, para las Entidades Locales, el artículo 85.3 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (tras la reforma operada por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local), dispuso que “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”<sup>41</sup>. Sin embargo, ni el precepto de la LOFAGE ni el de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, desafortunadamente, eran normas básicas<sup>42</sup>.

No obstante, una prohibición equivalente vino impuesta, ahora sí con el carácter de norma básica, por Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Como es sabido, el EBEP –art. 9.2– establece: «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». Y dado que el personal de sociedades mercantiles y fundaciones del sector público es exclusivamente laboral ello supuso extender a estas entidades la prohibición de ejercicio de potestades públicas.

Pero, además, en el ordenamiento andaluz esta prohibición se introdujo por la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autó-

---

*RAP* n° 144, 1997, p. 59–: “Ciertamente es, sin embargo, que si esa prohibición (ser refiere a la contenida en la disp. Adicional 12ª LOFAGE) no tiene más rango formal que el que corresponde a una ley ordinaria reguladora de la actividad de la Administración del Estado, difícil será evitar que no pueda ser excepcionada por otras leyes posteriores en relación con el propio Estado”. Como señalara F. LÓPEZ MENUDO, “no hay situación más peligrosa para la libertad y la seguridad jurídica que un sujeto privado dotado de prerrogativas públicas”. “El Derecho Administrativo como derecho especial y excepcional de algunos entes públicos. Consecuencias”, en la obra colectiva “La Administración Instrumental. Libro homenaje a Clavero Arévalo”, Civitas, Madrid, 1994, p. 574.

<sup>41</sup> Sobre la situación anterior a Ley 57/2003, que parecía admitir el ejercicio de potestades administrativas por sociedad mercantil de capital social exclusivamente local, véase R. LEÑERO BOHÓRQUEZ, «La sociedad mercantil de capital íntegramente público como forma de gestión directa de los servicios locales», en *La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005, en particular pp. 97 y ss.

<sup>42</sup> Sin embargo, un sector de la doctrina venía defendiendo que del art. 2.2 LRJPAC se desprende que únicamente a las Administraciones Institucionales se les permite un régimen jurídico distinto al administrativo, de modo que aun cuando no ejerzan potestades administrativas están sometidas al procedimiento administrativo. F. LÓPEZ RAMÓN, “Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas”, *RAP* núm. 130 (1993), pág. 119.

noma de Andalucía: «Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas, ni comportar el establecimiento de servicios públicos» –art. 57.1–. Y la prohibición fue también extendida por la LAJA para las sociedades mercantiles del sector público andaluz: «En ningún caso podrán ejercer potestades administrativas –art. 75.2–»<sup>43</sup>, y para ambos tipos de entidades: «Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público andaluz tienen personalidad jurídica privada, por lo que *en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad*» –art. 52.3–<sup>44</sup>.

A este respecto, el propio Defensor del Pueblo Andaluz defendió una noción amplia de potestades administrativas, que comprende no sólo las clásicas y consabidas potestades exorbitantes (potestad sancionadora, recuperación de oficio, deslinde, potestad expropiatoria, ejecución forzosa, potestad tributaria, tarifaria, etc.), sino cualquier actividad pública que sea desarrollada desde una posición de superioridad frente a los sujetos privados, lo que englobaría actividades de fomento y, con carácter general, el ejercicio de actividades públicas que supongan el reconocimiento o la restricción de derechos y libertades de la ciudadanía. Así, dirá el informe:

«no resulta admisible que las sociedades mercantiles del sector público realicen actuaciones desde una posición de superioridad material semejante a la que ocupa la Administración, ya que en ese supuesto estarían actuando como si fueran un poder público»<sup>45</sup>.

Pero, además, a partir del precepto de la LAJA –art. 75.2– según el cual las sociedades mercantiles del sector público andaluz «tendrán por objeto la

---

<sup>43</sup> Además, para las sociedades mercantiles del sector público andaluz, la LAJA –art. 12.1– establece que corresponde al Consejo de Gobierno la autorización para su creación, que ha de hacerse “para la prestación de servicios de contenido económico que *no impliquen ejercicio de autoridad* y que afecten a los intereses de la Administración de la Junta de Andalucía y de otras Administraciones públicas”.

<sup>44</sup> Con todo, la LAJA –art. 12.3– plantea la posibilidad de que las entidades que integran el sector público andaluz puedan participar en la creación de Consorcios, que al constituir entidades de derecho público pueden ejercer potestades administrativas, lo cual no se compadece con la prohibición antes indicada, tal como ha señalado J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, «Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía», trabajo inédito.

<sup>45</sup> «Consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el régimen de actuación de los entes instrumentales privados con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía», Noviembre de 2007, p. 25.

realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia», el Defensor del Pueblo Andaluz mantuvo que estas entidades instrumentales privadas no estaban habilitadas para realizar actividades propias de organismos de Derecho Público.

Respecto a las fundaciones del sector público, a partir de la Ley 10/2005, el Defensor del Pueblo Andaluz concluye que lo único que pueden realizar es actuaciones de gestión de servicios públicos, es decir, actividades materiales o técnicas que resulten precisas para el desarrollo de una actividad prestacional encomendada a la Administración, y no se creación de servicios<sup>46</sup>. Incluso cabría preguntarse si bien es lícito que puedan gestionar prestaciones públicas, tal vez no lo sea la competencia para concederlas y denegarlas.

A este respecto, cabe recordar que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, dispuso lo siguiente: «Los servicios de valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas previstas en la presente Ley, se efectuarán *directamente por las Administraciones Públicas* no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas –art. 28.6. Y aquí habría que incluir que tampoco pueden ser objeto de encomienda de gestión a entidades privadas. Ello obligó a que la propia LAJA ya contemplara la creación de una Agencia para la Dependencia<sup>47</sup>.

### **3. Las limitaciones a las encomiendas de gestión a entidades instrumentales privadas**

Como es sabido, la LRJPAC –art. 15–posibilitó las encomiendas de gestión entre Entidades Públicas, pero dispuso lo siguiente: «El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, *sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta na-*

---

<sup>46</sup> 2007, p. 34.

<sup>47</sup> La disposición adicional sexta de la LAJA autorizó al Consejo de Gobierno para la creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalucía, como Agencia de Régimen Especial, de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley.

*turalidad de actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo».*

Con todo, la Comunidad Autónoma andaluza, como otras, articuló mecanismos para dar cobertura legal a las encomiendas de gestión a entidades instrumentales jurídico-privadas. En efecto, ya la Ley 10/1998, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1999 en el art 19 reguló los “*encargos de ejecución*” a las empresas de la Junta de Andalucía, en el marco de sus estatutos y objeto social<sup>48</sup>.

Sin embargo, la conocida sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 condenatoria de España supuso, entre otros aspectos, la imposibilidad de realizar encomiendas de gestión a las empresas públicas que no sean íntegramente de capital público. Ello obligó a introducir una modificación en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ese mismo año de 2005 por la que se vino a excluir expresamente de la aplicación de régimen de los contratos públicos a: «*Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública*» –art. 3.1.1<sup>49</sup>.

Pero, poco después, a fines del 2006<sup>50</sup> hubo que modificar este precepto para añadir los requisitos delimitados por el TJCE para considerar que existe un caso de “in house” o utilización de medios instrumentales<sup>51</sup>. En lo que aquí

---

<sup>48</sup> Sobre esta Ley, véase JM. REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, nº 161, 2003, en particular págs. 376 y ss.; M<sup>a</sup> CASTRO PASCUAL, «Encomienda de gestión, contrato administrativo, encargo de gestión», en *La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005, pp. 155 y ss., quien se planteaba la falta de adecuación del encargo de ejecución regulado en el artículo 20.5 de la Ley 10/1998, de 28 de diciembre, con el art. 15 de la LRJPAC.

<sup>49</sup> Art. 34 Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública se modificó puntualmente el TRL-CAP para adecuarlo al Derecho comunitario y a la STJCE condenatoria de España de 13 de enero de 2005. Lo cierto es que el TJCE ha establecido que la presencia de capital privado en una sociedad mixta elimina la posibilidad de que pueda darse la exigencia de un control análogo. Vid. M. REBOLLO PUIG, *op. cit.*, p. 385. C. AMOEDO SOUTO, *TRAGSA Medios propios de la administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004, y del mismo autor «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pág. 279.

<sup>50</sup> D. Final Cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007.

importa modificó el apartado l del art. 3.1 que quedó redactado como sigue: “Las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan”<sup>52</sup>. Y estas exigencias se plasmaron en la LCSP y en la propia LAJA, en su artículo 106, referido a la encomienda de gestión a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz<sup>53</sup>.

Es decir, se permite la encomienda de gestión a entidades privadas (STJ-CE 19-4-2007, caso Tragsa) pero se imponen límites importantes (que las entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan). Y, sobre todo, permanece el límite aún plenamente vigente del art. 15.6 LRJPAC como norma básica: «sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo».

---

<sup>51</sup> Que la Administración o entidad pública que actúe como entidad adjudicadora ejerza sobre la Entidad pública o privada que actúe como contratista o proveedor un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios y que, al mismo tiempo, esta entidad realice la parte esencial de su actividad con aquella Administración o Entidad pública que la controla plenamente.

<sup>52</sup> Finalmente, la noción de medio propio y servicio técnico se aborda con carácter general en los arts. 4.1.n) y 24 de la LCSP como un supuesto de negocio excluido de su aplicación. Véase J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *RAP* núm. 173, 2007; J. J. PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el Derecho Comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008, y del mismo autor «Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones in house», *Actualidad Administrativa*, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2010, págs. 1427 y ss.; E. MONTOYA MARTÍN, *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.

<sup>53</sup> En la actualidad, Ley 5/2009, de 28 de diciembre, del Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010 establece en el art. 29 “1. Las Consejerías, sus agencias y el resto de entidades que deban ser consideradas poderes adjudicadores, en el ámbito de sus competencias, podrán ordenar al resto de entidades instrumentales del sector público andaluz cuyo capital, aportación constitutiva o participación pertenezca íntegramente a entes de dicho sector y que realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía, la realización, en el marco de sus estatutos y en las materias que constituyen su objeto social o fundacional, de los trabajos y actuaciones que precisen, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios”.

Y aquí es donde han empezado los reveses judiciales. Entre ellos destaca la STS 24 de noviembre de 2009, recaída en un recurso contra el Decreto 117/1998, de 9 de junio, del Consejo de Gobierno de Andalucía, por el que se modifica el Decreto 17/1989, de 7 de febrero, que autorizó la constitución de la empresa de la Junta de Andalucía “Empresa de Gestión Medioambiental S.A.” (EGMASA). El Supremo no entró de lleno en el asunto por considerar que, al tratarse de una norma atributiva de competencias, ello no significaba necesariamente que la entidad las desarrollase de manera que incidieran en las potestades públicas:

«Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de auto-tutela, de recuperación y la imposición de sanciones, cuya tramitación corresponde a los funcionarios públicos y a los Agentes de Medio Ambiente en particular; las “actuaciones necesarias” para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias pueden suponer la atribución de terrenos al dominio público con importante incidencia en la propiedad privada de los particulares, dada la presunción posesoria y demanial a favor de la Comunidad Autónoma, de Vías Pecuarias), la gestión y planificación de montes o espacios naturales no podrá afectar legítimos derechos de terceros, como tampoco EGMASA podrá aprobar planes o programas de caza en terrenos que no sean de su titularidad».

Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas: la protección y defensa del dominio público nunca podrá implicar el ejercicio de potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, como tampoco, dentro de “las actuaciones necesarias”, EGMASA podrá aprobar los expedientes administrativos de clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero sin que gocen de presunción alguna las actas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma.

Por el contrario, trabajos materiales para la ejecución de contratos administrativos de obras, en sus distintas clasificaciones; labores de regeneración y recuperación paisajística; realización de trabajos materiales forestales, de aprovechamientos agrícolas o ganaderos; la gestión y explotación de fincas propias; proyectos de acercamiento de la sociedad a los entornos naturales y en general actividades de tipo educativo o turístico; mantenimiento y conserva-



ción; u otros similares de naturaleza puramente industrial o mercantil, previstos estatutariamente, podrán ser normalmente desarrollados sin peligro alguno para la potestad pública, ni el derecho de terceros»<sup>54</sup>.

Así, dirá el Supremo: «Serán las concretas encomiendas de gestión, y en general las actuaciones que EGMASA desarrolle como medio propio de la Administración, las que en su caso determinen la atribución a los empleados de la empresa pública de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas o autoridad». Y, en efecto, como se verá más adelante, este está siendo el principal frente de batalla judicial.

#### 4. El régimen de selección del personal

El personal de las entidades jurídico-privadas del sector público se rige por el Derecho Laboral y, hasta fechas recientes, no existían normas que obligaran a seguir unos principios elementales de igualdad y publicidad en la selección de este personal, salvo que se asumieran en las normas internas de cada entidad. Así, la Cámara de Cuentas de Andalucía señaló en relación con la Fundación Andaluza de Servicios Sociales lo siguiente:

«La naturaleza de la fundación pública de la FASS y su cualidad de ente instrumental de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social debería ocasionar que en la contratación de su personal utilizara procedimientos similares a los de la Administración de la Junta de Andalucía. En definitiva, mediante convocatorias públicas con criterios objetivos previamente establecidos y, en su caso, mediante la realización de pruebas selectivas»<sup>55</sup>.

Asimismo, en relación con la Empresa Pública Extenda-Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A., la Cámara de Cuentas indicó que la empresa

---

<sup>54</sup> Véase el comentario a esta sentencia de M.C. NÚÑEZ LOZANO – S. MALDONADO SAAVEDRA, «El riesgo de huida silenciosa del Derecho Administrativo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, Sala Tercera, Sección 5ª, recurso núm. 4035 de 2005)», *RAAP* núm. 77, 2010, pp. 173 y ss.

<sup>55</sup> En consecuencia, se recomendó que la FASS aprobara una normativa interna que regule el procedimiento de selección de su personal, que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Y se añadía: «Asimismo, la conversión de un contrato de trabajo temporal en una relación indefinida no se debería producir por el mero transcurso del tiempo, sino mediante el correspondiente proceso de selección». Fiscalización de regularidad de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, Ejercicio 2004, OE 01/2005.

pública no dispone de normas ni procedimientos, aprobados por el Consejo de Administración, para la selección y contratación del personal<sup>56</sup>.

No obstante, también en este ámbito se han producido cambios normativos, en aras a salvaguardar los derechos y garantías propios del Estado de Derecho en materia de selección de dicho personal. En primer lugar, y siguiendo la estela de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones –art. 47.4–, la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, estableció que la selección del personal de 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 –art. 57.4–<sup>57</sup>. Y después la propia LAJA –arts. 77 y 78.2– extendió estas reglas a las sociedades mercantiles del sector público andaluz<sup>58</sup>. Finalmente, como es conocido, el EBEP –disposición adicional primera– establece que los principios rectores del acceso al empleo público contenidos en el artículo 55 serán de aplicación a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del EBEP y que estén definidas así en su normativa específica.

---

<sup>56</sup> Respecto al personal técnico que se ha ido incorporando a la empresa en los años siguientes a su creación en 1984 hasta 2004 y los trabajadores que han sido traspasados directamente desde un organismo autónomo dependiente de la Junta de Andalucía, la Cámara declaró: En ninguno de los expedientes analizados constaba la documentación correspondiente a la fase de selección de personal, por lo que no ha sido posible comprobar que el acceso al puesto de trabajo en la empresa pública se ha realizado según los principios de igualdad, mérito y capacidad. Fiscalización de regularidad de la Empresa Pública Extenda-Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A., Ejercicio 2005, OE 08/2006.

<sup>57</sup> Ya con anterioridad E. CARUZ ARCOS había opinado que la inclusión de las fundaciones privadas en el sector público debía implicar el respeto de los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación en la selección de su personal («La contribución del Derecho comunitario a la definición de la fundación privada de influencia pública dominante como ente instrumental de las Administraciones públicas», en *La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005, p. 36).

<sup>58</sup> Art. 77: «El personal al servicio de las sociedades mercantiles del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad». Art. 78.2: «El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral y su selección deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria». Además, a partir de la enmienda núm. 89 formulada por el Grupo Socialista durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 se añadió a los artículos 77 y 78.2 convocatoria pública «en medios oficiales», criterio reiterado en la disposición adicional séptima.

Sin embargo, la ausencia de procedimientos reglados establecidos ha determinado que el grado de efectividad de dichos principios sea aún deficiente<sup>59</sup>. Así, ya vigente Ley 10/2005 de Fundaciones, la Cámara de Cuentas señaló en relación con la Fundación Red Andalucía Emprende, que la naturaleza de la fundación pública de la FRAE debería ocasionar que en la contratación de su personal se utilizaran convocatorias públicas, no sólo publicadas en su página web y con criterios objetivos previamente establecidos<sup>60</sup>. Asimismo, en una fiscalización de regularidad de la Fundación para el desarrollo del Legado Andaluzí relativa al ejercicio 2007, la Cámara de Cuentas concluyó lo siguiente: «Las incorporaciones a la plantilla durante 2007 se realizaron sin respetarse los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad»<sup>61</sup>. Y en otra fiscalización de regularidad de la Empresa pública de deporte andaluz relativa al ejercicio 2008, por tanto ya en vigor la LAJA, se concluía: «No se ha garantizado el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, en la contratación de personal llevada a cabo por EPDASA»<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Así, el Defensor del Pueblo Andaluz declaró en su informe «Consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el régimen de actuación de los entes instrumentales privados con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía», Noviembre de 2007, p.42, que «para poder ofrecer la máxima garantía de respeto de los principios constitucionales afectos en los procesos de contratación de personal, éstos deberían quedar sometidos, en todo momento, a un procedimiento específicamente regulado y accesible públicamente (...). Asimismo, para dotar de mayor seguridad jurídica dichos procesos de contratación de personal, entendemos que se deberían concretar, a la mayor brevedad posible, los mecanismos y criterios que deben seguirse para dar cumplimiento a los anteriormente referidos principios de publicidad de la convocatoria, igualdad, mérito y capacidad».

<sup>60</sup> No obstante, con posterioridad se pactó su primer convenio colectivo, con vigencia para los años 2008 y 2009, en el que se incluyen los procedimientos para la selección de sus trabajadores. Fiscalización de regularidad de la Fundación Red Andalucía Emprende, Ejercicio 2006, OE 05/2007.

<sup>61</sup> «En los expedientes examinados no consta documentación que permita concluir que las cuatro incorporaciones a la plantilla habidas durante 2007 se realizaron respetándose los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad». Fiscalización de regularidad de la Fundación para el desarrollo del Legado Andaluzí, ejercicio 2008, (OE 10/2007).

<sup>62</sup> «En tres casos, se publica la oferta exclusivamente a través de la página web de la empresa. En 25 casos, no se publicita la oferta de empleo, utilizándose la información de procesos selectivos anteriores, pese a que EPDASA no tiene regulado el funcionamiento de una bolsa de trabajo. En 12 casos se contrata directamente al trabajador, sin que medie proceso selectivo alguno, para cubrir sustituciones en periodos vacacionales». Fiscalización de regularidad de la Empresa pública de Deporte Andaluz, ejercicio 2008, (OE 08/2009).

A estas prácticas debe añadirse una cuestionable jurisprudencia que considera que no corresponde a la jurisdicción contenciosa conocer de los conflictos relativos a los procesos de selección de estas entidades, sino a la jurisdicción de lo social, cuando lo cierto es que aquí no hay aún relación laboral, sino ciudadanos que pretenden acceder a puesto de trabajo en el sector público en condiciones de igualdad<sup>63</sup>.

## 5. Estabilidad presupuestaria y responsabilidad patrimonial

De máxima importancia se ha revelado también la Ley de Estabilidad Presupuestaria, la cual incluye en su ámbito de aplicación subjetivo a la Administración de las comunidades autónomas, «así como los entes y organismos públicos dependientes de aquélla, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales» –art. 2.1.c) del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre<sup>64</sup>. Como puede verse, la Ley de Estabilidad Presupuestaria no emplea un criterio formal, basado el carácter público o privado de la personalidad jurídica de cada entidad, sino un

---

<sup>63</sup> Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2006, planteada en relación con una convocatoria y provisión de puestos de trabajo realizada por la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) y sus sociedades filiales. “La aplicación al presente caso de las normas de excepción mencionadas no parece dudosa: 1) la entidad demandada –Empresa pública RTV de Andalucía– es una empresa pública de Comunidad Autónoma; 2) el acuerdo de convocatoria impugnado, sin perjuicio de que se someta a unas u otras normas sustantivas o de procedimiento, es un acto de la referida empresa pública en cuanto entidad empleadora y no en cuanto poder público en ejercicio de potestades administrativas; y 3) la legislación autonómica andaluza no pone en duda este régimen jurídico privado de la Empresa pública demandada, sino que lo reafirma de manera expresa (art. 12 de la Ley 8/1987 del Parlamento de Andalucía)”. Por el contrario, el Auto de la Audiencia Nacional que estimaba la competencia de la jurisdicción contenciosa en un proceso de selección de personal entendía: a) que la petición deducida en la demanda –reconocimiento a los asociados de la Asociación del derecho de acceso en condiciones de igualdad a puestos de trabajo fijo de una empresa pública– se ha ejercitado en el caso “al margen de la existencia de la relación laboral”; b) que tal derecho es “ubicable en la relación ciudadano-administración, separable de la propia relación laboral”; y c) que la asociación demandante ha actuado, por tanto, no como entidad empleadora sino como “como representante de los ciudadanos supuestamente preteridos por la Administración”.

<sup>64</sup> El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales y no comprendidos en el número anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en el Título I de esta Ley y a las normas que específicamente se refieran a las mismas –art. 2.2–.

criterio económico, como es la naturaleza de los ingresos que conforman la financiación mayoritaria de la entidad, todo ello de acuerdo con las normas del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC-95)<sup>65</sup>. De este modo, en el llamado «sector de las Administraciones Públicas» se incluyen no sólo entes de Derecho Público sino también entidades jurídico-privadas pero que no se financian mayoritariamente con ingresos comerciales<sup>66</sup>. Así, en el «Inventario de Entes dependientes de las Comunidades Autónomas» del Ministerio de Economía y Hacienda se vienen incluyendo en el sector de las Administraciones Públicas determinadas entidades jurídico-privadas instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía<sup>67</sup>.

A todo ello cabe aún añadir una avanzada doctrina del Consejo Consultivo Andaluz según la cual la actuación del ente que presta el servicio a criterios

---

<sup>65</sup> Aunque la Ley General de Estabilidad Presupuestaria no remite expresamente a la contabilidad nacional (SEC-95) para la definición del sector público, si bien, de la redacción del artículo segundo de la Ley se deduce que la cobertura institucional de la parte del sector público incluida en el apartado primero coincide con la fijada por el SEC-95 para el sector Administraciones Públicas, ya que como hemos señalado está integrado por las Administraciones generales, Organismos autónomos y Entes en general que no se financian mayoritariamente con ingresos comerciales, concepto análogo al de productor no de mercado. En efecto, en el SEC-95 la distinción entre productores de mercado y no de mercado depende de si los precios son económicamente significativos o no. El concepto de precios económicamente significativos se aplica basándose en el criterio del 50 %, es decir en que las ventas cubran o no el 50 % de los costes de producción. En el primer caso el precio se considera económicamente significativo y en el segundo no significativo. Este criterio del 50 % se debe aplicar considerando una serie de años, de manera que se aplicará únicamente si se mantiene durante varios años o se cumple en el año en curso y se espera que lo siga haciendo en un futuro próximo.

<sup>66</sup> La consecuencia principal de la clasificación en un grupo u otro, a efectos de la ley, es la distinta definición del principio de estabilidad presupuestaria, pues en el caso de los entes del sector de las Administraciones Públicas el principio de estabilidad exige una situación de equilibrio o superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición del SEC-95, en cambio en el caso de los entes del art. 2.2 se exige una posición de equilibrio financiero –art. 3.3 Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria–.

<sup>67</sup> En el informe de Situación a 1 de enero de 2008 se incluyeron, entre otras, las sociedades mercantiles siguientes: Centro de Turismo interior de Andalucía, S.A., Deporte Andaluz, S.A. Desar. Agrar. y Pesqu. Andalucía Emergencias Sanitarias, Gest. Programas Culturales, Esc. Andaluza de Salud Pública, Infraestructuras Turísticas Andalucía, S.A. (INTASA) Turismo Andaluz, S.A., entre otras. Así como múltiples fundaciones del sector público andaluz: F. Andaluza para la AT. a las Drogodependencias e Incorporación Social; F. Andaluza para la integración social del enfermo mental (FAISEM), Fundación Andaluza de Servicios Sociales, Fundación Centro de Estudios Andaluces y Fundación Red Andalucía Emprende.

empresariales y a esquemas iusprivatistas en aspectos organizativos y de gestión no releva de la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 106.2 de la Constitución, es decir el régimen de responsabilidad de Derecho Público<sup>68</sup>.

## 6. Recapitulación: el proceso general de «agencialización»

De todo lo anterior se extrae que las entidades jurídico-privadas del sector público andaluz (todas las fundaciones y buena parte de las sociedades mercantiles) no disponen ya de libertad para contratar, sino que están sujetas a las reglas de publicidad y concurrencia impuestas por el Derecho Comunitario. Asimismo, estas entidades jurídico-privadas no pueden asumir por sus estatutos (ni siquiera por ley) potestades administrativas ni pueden ser receptoras de las mismas por vía de encomiendas de gestión o encargos de ejecución procedentes de la Administración matriz.

De otro lado, para que estas entidades puedan ser consideradas como medio propio de la Administración, y con ello eludir las encomiendas de gestión la aplicación del régimen de contratación pública, es necesario que cumplan unas exigencias rigurosas: al menos en el caso de sociedades mercantiles, el capital debe ser íntegramente público, lo que descarta la participación de capital privado, aunque sea minoritaria, reduciendo las posibilidades de elección por parte del ente matriz. Asimismo, la entidad encomendada debe realizar la «parte esencial» de la actividad para la Administración o Administraciones que la controlan, lo cual limita también el ámbito de giro o negocio de este tipo de entidades. A lo que se une la exclusión del encargo a entidades instrumentales de otras Administraciones, pues no son medio propio de la que hace el encargo. Además, debe recordarse que las entidades encomendadas están sometidas al Derecho de contratos públicos con relación a los contratos que tengan que realizar con terceros para llevar a cabo las encomiendas de ejecución.

En palabras del propio Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), en sentencia de 25 de febrero de 2011, recaída en relación con el Decreto 324/09, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía:

«Efectivamente, la fuga del Derecho Administrativo, tan criticada doctrinalmente, se viene produciendo en las últimas décadas de manera silen-

---

<sup>68</sup> Vid. M. REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, nº 161, 2003, pp. 372-373.

ciosa, y muchas veces oculta en normas auto-organizativas, que por los motivos ya indicados no se someten a los filtros previos a los que se sujetan otras normas ejecutivas de menor trascendencia para el desarrollo y funcionamiento de la vida administrativa».

«La doctrina científica e instituciones, como el Defensor del Pueblo, insisten en que la mayor eficacia y agilidad en la gestión de los servicios públicos, a través de de formas jurídico privadas, no puede suponer un quebranto en las garantías de los derechos de los ciudadanos. El riesgo de merma de esos derechos se plasma en la cada vez mayor asunción por parte de entes públicos instrumentales, bajo formas privadas, de actuaciones y servicios públicos sin el pleno control de las normas administrativas y de la jurisdicción contencioso-administrativa, que precisamente tiene por función esencial revisar la actuación de la Administración. *No puede olvidarse que tales entes instrumentales siguen teniendo, con independencia de su forma jurídica, naturaleza de poderes públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983, de 11 de mayo) y por ello están sometidos a los principios constitucionales a los que se debe escrupulosamente ajustar la Administración: artículos 9.3, 53.1, 103.1 6 105 e) de la Constitución, entre otros*».

Por todas estas razones, estas entidades están sujetas en buena parte a las facultades «en menos» propias del Derecho Público (régimen de contratación pública y responsabilidad) sin poder en cambio ejercer potestades públicas (facultades «en más»). De este modo, este tipo de entidades jurídico-privadas ha perdido buena parte de interés para los gestores públicos y, desde luego, no pueden asumir en su globalidad la actividad propia de la Administración de una Comunidad Autónoma. La única diferencia clara estribaría en el régimen del personal: exclusivamente laboral en las entidades jurídico-públicas. ¿Y en la Administraciones públicas?

Aquí es donde entraría el modelo propuesta en el citado documento de “Estrategias y propuestas para la segunda modernización de Andalucía” de ir a un «proceso general de agencialización pública». La fórmula consiste en reabsorber las entidades jurídico-privadas que se han ido creando e integrar sus medios, personales y materiales, en unas entidades jurídico-públicas, como son las Agencias (pero en una modalidad creada «ad hoc»), a las que también se traspasará previsiblemente buena parte de los efectivos de las propias Consejerías.

Al tratarse de entidades jurídico-públicas, las Agencias pueden ejercitar potestades administrativas, pues según la 9/2007, de 22 de octubre, de la Ad-

ministración de la Junta de Andalucía –art. 55–: «Dentro de la esfera de sus competencias, corresponden a las agencias las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos previstos en sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria». Asimismo, al tratarse de entidades jurídico-públicas, no existe problema tanto para recibir delegaciones de competencias –art. 101.2 LAJA– como encomiendas de gestión de la Administración de la Junta de Andalucía –art. 105.3–. Pero, como se desea huir del régimen funcional, se trata de conceder preferencia a entidades que actúan en régimen de Derecho Privado<sup>69</sup>. Es decir, se trata de tejer un traje *ad hoc*, que aúne las ventajas de ser Entidad jurídico-pública (de ser poder público), pero sin sus inconvenientes (sujeción a las garantías propias del Derecho Público)<sup>70</sup>.

#### IV. EL NUEVO SISTEMA DE AGENCIAS

##### 1. El sistema de Agencias en la LAJA 2007

###### A. Clases y fines de la agencias en la LAJA

Antes de analizar las modificaciones que en el régimen de las agencias ha supuesto la Ley 1/2011, de 17 de febrero, parece conveniente repasar el régimen ordenado inicialmente en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Admi-

---

<sup>69</sup> Cabe preguntarse ¿por qué la constante preferencia por el régimen laboral?, cuando lo cierto es que el régimen funcional permite mejor a la Administración definir las condiciones de trabajo de los funcionarios y presenta importantes ventajas en materia de negociación colectiva (materias excluidas de la negociación, posibilidad de definir en última instancia la condiciones de trabajo o de incumplir los compromisos cuando así lo exijan los intereses generales). Y estas diferencias de régimen se han puesto de manifiesto con motivo de la aplicación del Decreto-Ley 8/2010 que establece que la reducción salarial a los empleados públicos. Debido al distinto alcance de la negociación colectiva de funcionarios y laborales la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Auto de 28 Oct. 2010, proc. 128/2010, acordó por unanimidad elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre si el Decreto-Ley vulnera o no al contenido esencial del derecho de libertad sindical, regulado en los artículos 7 y 28, 1 CE, en relación con el derecho de negociación colectiva, regulado en el artículo 37, 1 CE. Además de las evidentes diferencias del régimen de selección, pensamos que una de las claves del criterio de preferencia por el régimen laboral estriba en la reciente jurisprudencia cada vez más crítica con la práctica de la Administración de asignar puestos de libre elección.

<sup>70</sup> Como señalara J. M. SALA ARQUER (“Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *REDA* n° 75 (1992), pág. 403), la fórmula de la Entidades de Derecho Público sometidas al Derecho privado permitiría disfrutar de las ventajas de ambos ordenamientos, sin tener que soportar sus “inconvenientes”.



nistración de la Junta de Andalucía. Como es sabido, la LAJA –art. 50.1– introdujo, a modo de macro concepto, la noción de «entidades instrumentales» de la Administración de la Junta de Andalucía, entendiendo por tales las entidades dotadas de personalidad jurídica propia, creadas, participadas mayoritariamente o controladas efectivamente por la Administración de la Junta de Andalucía o por sus entes públicos, *con independencia de su naturaleza y régimen jurídico*, que tengan por objeto la realización de actividades cuyas características por razones de eficacia justifiquen su organización y desarrollo en régimen de autonomía de gestión y de mayor proximidad a la ciudadanía, en los términos previstos en esta Ley, noción comprensiva tanto de las Agencias, esto es entidades con personalidad jurídico pública, como de las entidades instrumentales privadas –art. 52–<sup>71</sup>. Otra cosa es la verdadera relevancia de esta noción, así como las disfunciones que genera<sup>72</sup>.

En todo caso, la LAJA diferencia nítidamente las dos categorías de entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía –art. 52.1-: las Agencias, dotadas de personalidad jurídica pública y de la consideración de *Administración institucional* dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía –art. 52.2–, y las entidades instrumentales privadas del sector público anda-

---

<sup>71</sup> Esta noción de entidades instrumentales vendría a coincidir con la noción de entidad instrumental defendida por J. ORTIZ MALLOL, «La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas», en *La Administración Instrumental, VIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005, pp. 193 y ss., definida por este autor a partir de las notas de personalidad jurídica propia y su dependencia, como noción funcional. Asimismo, esta noción de entes instrumentales tendría un cierto apoyo en el artículo 158 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, según el cual la Comunidad Autónoma podrá constituir «empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su competencia».

<sup>72</sup> Como ha señalado J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, «Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía», trabajo inédito, el concepto resulta insatisfactorio e insuficiente para comprender a las *Entidades de derecho público vinculadas* –no dependientes– a la *Administración de la Junta de Andalucía*, que se contemplan en la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2007 y que ostentan la condición también de Administración Institucional, aunque no formen parte de la denominada Administración instrumental». Asimismo, el citado autor indica: «El planteamiento hecho por la Ley 9/2007, de vertebrar el desarrollo del *principio de descentralización funcional o institucional* (artículo 3. c) en base al concepto de entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, hace perder el especial protagonismo que deben tener las entidades de derecho público que integran la Administración Pública Institucional de la Junta de Andalucía, en beneficio del *principio de instrumentalidad* (artículo 51) que puede resultar equívoco para los ciudadanos, al hacer más difuso el diverso régimen jurídico de entidades tan heterogéneas como las que la Ley 9/2007 integra en el ámbito de la entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía».

luz –art. 52.3–. De este modo, debe reconocerse el acierto de la LAJA al suprimir la equívoca categoría de *empresas de la Junta de Andalucía* del artículo 6 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y que englobaba tanto a sociedades mercantiles como a entidades de derecho público<sup>73</sup>. A partir de la LAJA, el término agencia, que hasta entonces era un mero *nomen iuris*, que igual se empleaba para designar a un organismo autónomo<sup>74</sup>, que una entidad de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de Hacienda Pública<sup>75</sup> e, incluso, un mero órgano administrativo<sup>76</sup>, se reserva para designar las entidades de derecho público instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía. Y, al mismo tiempo, se traza una mejor separación de las entidades instrumentales jurídico-privadas, pues –como se ha señalado antes– únicamente las Agencias, como Administraciones que son, pueden ejercer potestades administrativas –arts. 55 y 75.2–.

No obstante, debe señalarse que las Agencias no cubren todas las formas de Administración institucional, pues al margen de las Agencias la propia LAJA contempla a las Entidades con régimen de independencia funcional o de especial autonomía, vinculadas a la Administración de la Junta de Andalucía (disposición adicional segunda), así como a los Consorcios autonómicos –art. 12–<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Como ha señalado E. MONTOYA MARTÍN («Economía y sector público: la organización instrumental en la propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía para Andalucía», *RA-AP* núm. 65, 2007, p. 77), la noción de empresa pública alberga dos fenómenos de naturaleza diversa: de una parte, la empresa pública como manifestación de la iniciativa pública en la economía –art. 128.2 CE–, lo que constituye en sentido estricto el sector empresarial público sometido a un régimen igualdad y libre competencia con la empresa pública, y, de otro lado, la empresa pública como manifestación de la potestad de autoorganización de la Administración para el desempeño de sus competencias, funciones o prestaciones, y cuyo estatuto constitucional es el mismo que el de la Administración.

<sup>74</sup> Como era el caso de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, creada por la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, de Universidades.

<sup>75</sup> Como sucedía con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, creada por Ley 3/1987, de 13 de abril; o con la Agencia Andaluza de la Energía, creada por Ley 4/2003, de 23 de septiembre.

<sup>76</sup> Como fue el caso de la Agencia Andaluza del Voluntariado, creada por Decreto 320/2000, de 13 de junio, como órgano adscrito a la Consejería de Gobernación, similar a una simple dirección general.

<sup>77</sup> Al mismo tiempo, dado que tanto las Agencias –art. 52.2 LAJA– tienen la consideración de Administración, si quiera “institucional”, tal vez, habría sido conveniente seguir el criterio de otras leyes autonómicas (y, a su vez, de la LOFAGE) y acuñar la noción de Administración *General* de la Junta de Andalucía. No se comprende bien porqué la LAJA no dio este paso, que curiosamente sí dio con posterioridad la Ley 1/2001 –disposición adicional cuarta–.

Asimismo, la LAJA –art. 54.2– diferenció, en su versión original, tres tipos de agencias:

- a) Agencias administrativas.
- b) Agencias públicas empresariales.
- c) Agencias de régimen especial.

En una comparativa con el régimen anterior, la correspondencia de entidades sería la siguiente<sup>78</sup>:

|  |  |
|--|--|
| Ley General de la Hacienda Pública 1983-1997     | LAJA 2007                                  |
| Organismos Autónomos                             | Agencias administrativas                   |
| Entidades de Derecho Público del artículo 6.1.b) | Agencias públicas empresariales            |
| -  | Agencias de régimen especial <sup>79</sup> |

<sup>78</sup> La disposición transitoria única de la LAJA dispuso la siguiente adaptación: a) Adecuación de los actuales organismos autónomos, cualquiera que sea su carácter, al régimen de las agencias administrativas previsto en esta Ley. b) Adecuación de las entidades de Derecho Público previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía al régimen de las agencias públicas empresariales previsto en esta Ley. Por su parte, la disposición transitoria única 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, según la cual los organismos autónomos y entidades de derecho público que a la entrada en vigor del presente Decreto Legislativo y del texto refundido que se aprueba, no se hayan adecuado a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, conforme a su disposición transitoria única, se registrarán por lo establecido por la presente Ley para las agencias administrativas y agencias públicas empresariales, respectivamente.

<sup>79</sup> La disposición transitoria única de la LAJA dispuso que el régimen establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía para las entidades contempladas en el artículo 6.1.b) de la misma será de aplicación a las agencias de régimen especial, sin perjuicio de lo previsto en la Sección 4.ª del Capítulo II del Título III de la propia LAJA.

Los fines propios de cada tipo de agencia en la LAJA eran los siguientes:

- *Agencias administrativas*: son entidades públicas a las que se atribuye, en ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas –art. 65–. La delimitación del objeto coincide en su literalidad las funciones que a los Organismos Autónomos estatales atribuye el artículo 45.1 de la LOFAGE.
- *Agencias públicas empresariales*: son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación –art. 68.1–. Esta delimitación coincide con la establecida para la LOFAGE para las Entidades Públicas Empresariales (artículos 53 y siguientes). De este modo, no se mencionan las actividades de promoción, pero se añaden como propias las actividades de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación y generación de ingresos. Con todo existe un ámbito objetivo de actividades que resulta común a las Agencias Administrativas y a las Agencias Públicas Empresariales, como son las actividades prestacionales y de gestión de servicios de interés público<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Con referencia a la dualidad organismos autónomos y entidades públicas empresariales de la LOFAGE, la doctrina no es unánime sobre el ámbito funcional de ambos tipos de entidades. F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS, “Organización instrumental pública en la LOFAGE”, en *Estudios sobre la LOFAGE*, CGPJ, 1999, p. 170 (incluido también en *DA* n° 246-247, 1997), considera que en el caso de los OO AA, la Ley se refiere a servicios públicos, mientras que a las EPEs se les encomendaría la prestación y gestión de “servicio”, sin cualificación, es decir, en un grado más de despublificación de las actividades estatales. A nuestro modo de ver, aun cuando debe compartirse que la LOFAGE se refiere en relación con los OO AA a servicios públicos en el sentido tradicional de esta expresión, no está claro, en cambio, que la expresión de servicios referida a las EPEs excluya a los servicios públicos si cabe contraprestación. Así, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, “Las Entidades Públicas Empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, *DA*, n° 246-247, 1997, p. 451, entiende que las EPEs pueden gestionar cualquier tipo de servicios, incluidos los servicios públicos. En este sentido, M. BACIGALUPO, “La Administración Institucional del Estado tras la LOFAGE: cuestiones para el debate”, *Actualidad Administrativa*, 1998, n° 34, p.715, señala que los ámbitos de los OO AA y de las EPEs no están configurados como círculos tangentes, sino como círculos secantes, estos es, parcialmente superpuestos, al menos en lo referente a ese ámbito difuso de las actividades “prestacionales”. Por su parte, A. PALOMAR OLMEDA –“La organización instru-

- *Agencias de régimen especial*: son «entidades públicas a las que se atribuye cualesquiera de las actividades mencionadas en los artículos 65.1 y 68.1 de esta Ley, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad y requieran especialidades en su régimen jurídico» - art. 71.1-. De este modo, las agencias de régimen especial tanto podía desarrollar los fines de las agencias administrativas como los de las agencias públicas empresariales. Y la referencia de la Ley a la asignación de funciones que implicaran ejercicio de autoridad no era tampoco clarificadora, pues tanto las agencias administrativas como las agencias públicas empresariales podían, según la LAJA, ejercer potestades administrativas –arts. 2.3, 55, 57.1.b) y 69.1-. Por todo ello, el panorama era confuso. Por lo demás, el régimen jurídico de estas Agencias de régimen especial concuerda esencialmente con el de las Agencias Estatales de la Ley 28/2006, de 18 de julio Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos<sup>81</sup>.

En resumen, a la vista de la versión original de la LAJA de 2007, la elección entre clases de agencias según sus fines permitía las siguientes variantes:

- Actividades de ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, actividades de promoción, y otras actividades administrativas: Agencias administrativas y agencias de régimen especial.
- Actividades prestacionales y de gestión de servicios: Agencias administrativas, Agencias Públicas Empresariales y Agencias de régimen especial.

---

mental pública en el ámbito de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”, *DA* n° 246-247, 1997, pp. 419 y 422-, señala que las actividades prestacionales o de gestión son comunes a ambas formas organizativas siendo criterio de delimitación que las actividades sean susceptibles de contraprestación, lo cual es de una validez dudosa en muchos casos. En esta línea, M.N. DE LA SERNA –“Organización instrumental privada en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, *DA* n° 246-247, 1997, p. 503, hace notar la difícil distinción entre gestión de servicios de interés público y servicios públicos.

<sup>81</sup> Ahora bien, aun cuando la Ley 28/2006, de 18 de julio, modificó el artículo 43.1 de la LO-FAGE para incluir a las agencias estatales, éstas agencias no se configuraron no como un tercer género de entidades públicas, a elegir junto a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales, pues de acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley, con carácter general, a partir de la entrada en vigor de Ley 28/2006, los organismos públicos que hayan de crearse en la Administración General del Estado, adoptarán la configuración de agencias estatales.

- Actividades de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación: Agencias Públicas Empresariales y Agencias de régimen especial.

|                                      |                                 |
|--------------------------------------|---------------------------------|
| LOFAGE y Ley 28/2006, de 18 de julio | LAJA 2007                       |
| Organismos Autónomos                 | Agencias administrativas        |
| Entidades Públicas Empresariales     | Agencias públicas empresariales |
| Agencias estatales                   | Agencias de régimen especial    |

En definitiva, la LAJA 2007 tomó modelos tanto de la LOFAGE (Agencias administrativas y Agencias públicas empresariales) como de la Ley 28/2006 de Agencias Estatales (Agencias de régimen especial), con un clara apuesta por éstas últimas. Así, la agencia sin duda más importante creada tras la aprobación de la LAJA, la Agencia Tributaria de Andalucía, adoptó la forma de agencia de régimen especial (Ley 23/2007).

#### B. Régimen jurídico de la agencias en la LAJA.

Siguiendo el modelo de la LOFAGE para los organismos autónomos –art. 45.1–, la LAJA dispuso que las agencias administrativas son entidades públicas que se rigen por el Derecho Administrativo –art. 65.1–. Y, en particular en materia de personal, las agencias administrativas se rigen «por el mismo régimen jurídico de personal» que el establecido para la Administración de la Junta de Andalucía –art. 65.2–. Y reiterando la regla anterior, la LAJA dispuso que el personal al servicio de las agencias administrativas «será funcionario, laboral o, en su caso, estatutario, en los mismos términos que los establecidos para la Administración de la Junta de Andalucía»<sup>82</sup>. A este respecto, debe recordarse que la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, establece que, con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos

<sup>82</sup> Precepto evidentemente inspirado en el art. 47.1 LOFAGE.

Autónomos serán desempeñados por funcionarios públicos, de modo que los puestos de trabajo para el personal laboral lo son por excepción a dicha regla general<sup>83</sup>.

Por su parte, para las agencias públicas empresariales la LAJA –art. 69.1– dispuso que 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 Comunidad Autónoma de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. Es también aquí evidente la influencia de la LOFAGE respecto a las entidades públicas empresariales –art. 53.2–. Y en relación con el régimen del personal, la LAJA estableció que el personal de las agencias públicas empresariales «se rige en todo caso por el Derecho Laboral» –art. 70.1–. Este carácter terminante («en todo caso») se distancia, en cambio, respecto a lo establecido en la LOFAGE en relación con las entidades públicas empresariales, en un precepto mucho más matizado –art. 55.1–<sup>84</sup>, y plantea un evidente problema de falta de conformidad con el EBEP, en el sentido de que se prevé la posibilidad de que las agencias públicas empresariales ejerzan potestades administrativas –art. 69.2 LAJA–, cuando únicamente disponen de personal laboral.

Finalmente, las agencias de régimen especial, según la LAJA –art. 71.2– 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 Comunidad Autónoma de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación». Es decir, se establece un criterio similar al previsto para las agencias pú-

---

<sup>83</sup> Apartado redactado por Ley 3/1991, de 28 de diciembre, y que sustituyó al siguiente: «se adscribirán en todo caso a funcionarios los puestos de trabajo que supongan necesariamente la adopción de decisiones que puedan ser objeto de recursos en vía administrativa o contencioso-administrativa» –art. 12.2–. Como es evidente, la Ley 3/1991 no hizo más que seguir el criterio de la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley 30/1984 –art. 15–.

<sup>84</sup> Artículo 55.1 LOFAGE: «El personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas, quienes se regirán por la legislación sobre Función Pública que les resulte de aplicación».

blicas empresariales. En cuanto al régimen del personal de las agencias de régimen especial, la LAJA –art. 74.1– dispuso que «se rige por el Derecho Laboral. No obstante, las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario». Es decir, sería personal laboral exclusivamente el imprescindible para el ejercicio de autoridad. De este modo, se salvaba formalmente la reserva funcional funcionarial<sup>85</sup>.

## 2. El sistema de Agencias en tras la Ley 1/2011

### A. Fines de las Agencias a partir de la Ley 1/2011

La Ley 1/2011 no modifica la noción de agencias administrativas, que permanece tal como la configuró la LAJA –art. 65–. En cambio, la Ley 1/2011 modifica la noción de agencias públicas empresariales: «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 estas» –art. 68.1–. Como puede verse, a diferencia del régimen anterior, ya no es necesario que los servicios o bienes sean susceptibles de contraprestación y, sobre todo, se abren los fines de las agencias públicas empresariales a la ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, hasta entonces fines propios de las agencias administrativas y de régimen especial<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Lo cierto es que la Agencia de régimen especial más importante, la Agencia Tributaria de Andalucía, tiene atribuida por Ley 23/2007 las funciones de “gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos propios. Por ello la Ley de creación de la Agencia Tributaria de Andalucía (artículo 16.1), con un criterio más realista afirma que la “Agencia dispondrá del personal funcionario y laboral necesario para su funcionamiento”. En este sentido hay que decir que las Disposiciones Adicionales 1ª, 2ª y 3ª de la Ley 23/2007, de creación de la Agencia Tributaria de Andalucía, disponen la creación de tres especialidades en distintos Cuerpos funcionariales de la Junta de Andalucía, en concreto las de “Inspección y Administración Tributaria”, “Gestión y Valoración Tributaria” y “Asistencia Tributaria”; dichas especialidades traen causa precisamente de las funciones encomendadas a la nueva Agencia Tributaria de Andalucía.

<sup>86</sup> En la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 el Grupo Popular formuló una enmienda según la cual la creación de las agencias de régimen especial debía ser excepcional, con la finalidad de primar con carácter general la creación de agencias administrativas (enmienda núm. 121).



Asimismo, la Ley 1/2011 diferencia dentro de este concepto más amplio de agencia pública empresarial dos modalidades –art. 68.1–:

- *Agencias públicas empresariales del 68.1.a)*: 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. Puede afirmarse que se corresponde con la noción de agencia pública empresarial de la LAJA, pues aun cuando no se habla ya de actividades prestacionales, en el fondo no tiene más importancia, pues el objeto de los servicios es una prestación.
- *Agencias públicas empresariales del 68.1. b)*: 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 estas, 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<sup>87</sup>.

Como puede verse, esta segunda es la modalidad que justifica la ampliación del concepto de agencia pública empresarial. Sus fines incluyen los propios de las Agencias administrativas y de las anteriores Agencias públicas empresariales, sin que sea necesario que los servicios o bienes que oferten sean susceptibles de contraprestación. Además, estas agencias no han de actuar en régimen de libre mercado. De este modo, el único punto en común entre las dos modalidades de agencias sería la aplicación de «técnicas de gestión empresarial».

De otro lado, la Ley 1/2011 modificó los fines de las Agencias de régimen especial: «son entidades públicas a las que se atribuye cualesquiera de las actividades mencionadas en el artículo 65.1 de esta Ley, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad que requieran especialidades en su régimen jurídico» –art. 71.1–. La única variación es la supresión de la remisión al artículo 68 de las Agencias públicas empresariales, por lo que los fines de las Agencias de régimen especial coinciden exactamente con los de las Agencias administrativas.

---

<sup>87</sup> En la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 el Grupo Popular formuló una enmienda dirigida a la supresión de esta nueva categoría de agencia pública empresarial (enmienda núm. 128).

Recapitulando lo anterior, tras la Ley 1/2011 puede señalarse el esquema de fines siguiente:

- Actividades de ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas: pueden ser desempeñadas tanto por Agencias administrativas, Agencias públicas empresariales del 68.1. b), como Agencias de régimen especial.
- Actividades de producción, de bienes y servicios de interés público mediante contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado: Agencias públicas empresariales del 68.1.b).
- Actividades de producción, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo, mediante contraprestación, en régimen de libre mercado: Agencias públicas empresariales del 68.1.a).

En mi opinión, si ya era artificial la distinción de tres categorías de agencias establecida por la LAJA, la adición de un cuarto género eleva aún más este artificio. Pero, como es evidente, la categoría «estrella» tras la Ley 1/2011 es la de APE del 68.b), cuyos fines se solapan con los de las agencias administrativas y de régimen especial. En todo caso, en la asignación a las APE del 68.b) de la «ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías» es donde está claramente el designio de esta “reordenación”: llevar la gestión ordinaria de la Administración de la Junta de Andalucía a las Agencias, pero no a cualquier Agencia, sino a las agencias públicas empresariales del 68.1.b). De hecho, casi todas las agencias creadas por la Ley 1/2011 y, desde luego, todas las APE lo son del 68.1.b)<sup>88</sup>. Asimismo, en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011 se prevé expresamente la posible supresión de centros directivos de Consejerías como consecuencia de la reordenación del sector público andaluz.

A este respecto, se ha señalado que la reforma operada por la Ley 1/2011 sería inconstitucional por contradecir lo dispuesto en el artículo 133.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (en adelante EAA), según el cual «La Ad-

---

<sup>88</sup> Agencia Andaluza del Conocimiento: APE 68.1.b). Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía: APE 68.1.b). Servicio Andaluz de Empleo: agencia de régimen especial artículo 54.2.c). Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol: APE 68.1.b). Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía: agencia de régimen especial artículo 54.2.c). Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía: APE 68.1.b). Agencia Andaluza de Instituciones Culturales: APE 68.1.b). Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía: APE 68.1.b). Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo: APE 68.1.b). Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico: APE 68.1.b).

ministración de la Junta de Andalucía desarrollará la gestión ordinaria de sus actividades a través de sus servicios centrales y periféricos». A partir de este precepto se infiere la intención del Estatuto de obligar a la Comunidad Autónoma a que la *gestión ordinaria* de las actividades de la Administración de la Junta de Andalucía se desarrolle a través de los órganos de su Administración General, en lugar de a través de entidades instrumentales, que tendrían, por tanto, un carácter «extraordinario». Frente a ello, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del Sector Público Andaluz, vendría a producir una inversión del planteamiento del EAA, pues su objeto es realizar los cambios normativos oportunos para poder desarrollar la gestión ordinaria de las actividades administrativas desde la llamada Administración paralela. Se afirma que la apuesta de la Ley 1/2011 por una gestión al margen de los servicios centrales y periféricos es completa y general, y por consiguiente se reputa contraria al art. 133.2 EAA en su totalidad<sup>89</sup>.

Sin embargo, no podemos compartir este criterio. El origen y finalidad del artículo 133.2 EAA es bien conocido, y no es otro que servir de contraste con el art. 4.4 del EAA de 1981, que ordenaba la *gestión ordinaria* de los servicios periféricos propios de la Comunidad Autónoma a través de las Diputaciones Provinciales. Es decir, la finalidad de artículo 133.2 EAA no es otra que la de dar carta de naturaleza legal a la realidad de la Administración periférica propia de la Administración de la Junta de Andalucía<sup>90</sup>. Asimismo, debe recordarse que el EAA atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en relación con la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía y de sus organismos autónomos –art. 47.1.1<sup>o</sup>–<sup>91</sup>. En definitiva, no creemos que pueda reputarse contrario al Estatuto de Autonomía de Andalucía un proceso de «agencialización» de la Administración de la Junta de Andalucía. Otra cosa es la categoría de agencia elegida. En concreto, la constitucionalidad del modelo de agencia pública empresarial del artículo 68.1.b).

---

<sup>89</sup> Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de diputados del Partido Popular contra la Ley 1/2011.

<sup>90</sup> Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS, «La organización de la Administración de la Junta de Andalucía», en *Estudios sobre el Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2011, pp. 194 y ss.

<sup>91</sup> Además, del apartado 5<sup>o</sup> del mismo artículo 47, según el cual la Comunidad Autónoma ostenta facultades para incorporar a su legislación aquellas figuras jurídico-privadas que fueran necesarias para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> de la Constitución, precepto que parece no tener otra objeto que salir al paso de la doctrina de la STC 14/1986, sobre la Sociedad Pública Vasca Especial.

En efecto, no es legítimo atribuir las competencias ordinarias de las Consejerías, de la Administración General de la Junta de Andalucía, a Agencias «Empresariales». A diferencia de la agencias públicas empresariales de la LAJA y del actual artículo 68.1.a), que con cautelas podían encajar en un sector público empresarial (en función de fuente de financiación principal), estas otras agencias públicas empresariales del artículo 68.1.b) son cumplen funciones propias de Administraciones Públicas, como reconoce abiertamente la propia Ley 1/2001 cuando en el art. 62 declara que su régimen de contratación será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público, mientras que las APE del 68.1.a) se regirán 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<sup>92</sup>. ¿Es legítimo modelar los instituciones hasta hacerlas irreconocibles? ¿Es admisible que las actividades para las que se creó, por ejemplo, la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, como entidad sin fin de lucro, se atribuyan sin más a una agencia pública «empresarial»?<sup>93</sup>.

Además, debe destacarse que el legislador andaluz se contradice a sí mismo. En efecto, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, establece en términos categóricos que las entidades locales «no podrán crear agen-

---

<sup>92</sup> La consideración de las APE del 68.b) como Administraciones Públicas no supone en modo alguno, como pudiera pensarse, una ampliación de lo establecido en la LCSP, pues no se olvide que las APE del 68.b) no tienen, por su objeto, nada que ver con las entidades públicas empresariales de la LOFAGE. Las APE paralelas a las entidades públicas empresariales de la LOFAGE son las APE del 68.a), y estas entidades siguen considerándose únicamente poder adjudicador. La consideración de las APE del 68.b) como Administraciones Públicas no es más que la fiel aplicación del artículo 3.2.e) LCSP, tal como por otra parte avanzó la propia Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía en su Instrucción 3/2008, de 21 de abril, sobre la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Además, no puede pasarse por alto el interés del legislador en atribuir esta condición de Administración a las APE del 68.b), pues la propia exposición de motivos del Decreto-Ley 5/2010 señala: «En esta segunda tipología de agencias públicas empresariales adquiere una especial significación su posición de jerarquía en las relaciones contractuales, constituyéndose como Administración Pública, con ejercicio de prerrogativas en la ejecución y extinción de los contratos públicos». Y más adelante se señala: «De manera muy particular, el ejercicio de prerrogativas en el campo de la contratación administrativa permite la mejor defensa de los intereses públicos».

<sup>93</sup> Según el Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, entre las funciones de esta Agencia «Empresarial» se encuentra la acreditación de Centros y Servicios al objeto de garantizar el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad; o el control, seguimiento y revisión de la calidad en la atención, tanto en los centros como en el domicilio de las personas en situación de dependencia. Es difícil imaginar funciones públicas más importantes para una Administración Pública.

cias públicas empresariales para el ejercicio de actividades administrativas» –art. 35.2–. No parece coherente dentro del mismo ordenamiento andaluz que el legislador, no sólo excepcione a la Administración autonómica de la prohibición que impone a las Administraciones Locales, sino que incluso lleve a convertir la forma de agencia pública empresarial en el molde para gestión ordinaria de las actividades administrativas de la Comunidad Autónoma<sup>94</sup>.

### B. Régimen jurídico de las Agencias tras la Ley 1/2011

Según la Ley 1/2011, las dos clases de agencias públicas empresariales 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:

- Las agencias públicas empresariales del apartado 68.1.a) se rigen por el Derecho Privado
- Las agencias públicas empresariales del apartado 68.1.b) se regirán «por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera».

En cuanto a las Agencias de régimen especial, la Ley 1/2011 modifica el texto de la versión original de la LAJA, en el sentido de que ya no existe una remisión genérica al Derecho Privado, excepto en las cuestiones ya indicadas, sino que se establece: «*se rigen por el Derecho Administrativo, sin perjuicio de la aplicación del Derecho Privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera*. En todo caso se rigen por 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».

Por tanto, si se interpreta la Ley al pie de la letra, habría que diferenciar hasta cuatro modalidades de sujeción al Derecho Administrativo o Privado se-

---

<sup>94</sup> Cabe preguntarse con ¿qué legitimación la Administración de la Junta de Andalucía va a impugnar los estatutos de agencias públicas empresariales que contemplan en su objeto el ejercicio de actividades administrativas, cuando la propia Junta de Andalucía utiliza las agencias públicas empresariales para esta finalidad?

gún el tipo de agencia, y con la salvedad común a todas las agencias de la sujeción al Derecho Administrativo en relación con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas:

- Agencias administrativas: se rigen por el Derecho Administrativo
- Agencias de régimen especial: se rigen por el Derecho Administrativo, «sin perjuicio de la aplicación del Derecho Privado en aquellos ámbitos en que su particular gestión así lo requiera».
- Agencias públicas empresariales art. 68 b): se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado «según su particular gestión empresarial así lo requiera».
- Agencias públicas empresariales art. 68 a): se rigen por el Derecho Privado.

De entrada, se trata de una nueva muestra de artificio legal, y ni que decir tiene que las expresiones empleadas por la Ley 1/2011, que remiten a la aplicación del Derecho Administrativo o por el Derecho Privado «según su particular gestión empresarial así lo requiera», presentan un evidente grado de incertidumbre, que se compadece mal con el principio de seguridad jurídica<sup>95</sup>.

Pero, sobre todo, tal vez ha llegado el momento de cuestionarse la relevancia de este tipo de declaraciones genéricas<sup>96</sup>. ¿En realidad, puede disponer

---

<sup>95</sup> En su dictamen de 23 de marzo de 2011, Clavero Arévalo considera que esta disposición presenta una «gran incertidumbre sobre cuándo la agencia actúa bajo el Derecho Privado o bajo el Derecho Administrativo y no sólo para los ciudadanos sino para los operadores jurídicos. Se trata de una normativa objetivamente confusa en los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990 de 15 de marzo». «Esta falta de claridad y de certeza son creadoras de una normativa objetivamente confusa y pueden originar indefensión, prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución. En efecto ante actitudes de silencio administrativo de los órganos de la agencia pública empresarial, los ciudadanos o los operadores jurídicos, corren el riesgo, ante una normativa objetivamente confusa de acudir a una jurisdicción inadecuada con riesgo de perder su derecho de obtener tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, también consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución».

<sup>96</sup> Puede observarse que la Ley 28/2006 de Agencias Estatales no contiene declaraciones genéricas sobre el sometimiento a un ordenamiento u otro, ni tampoco los Estatutos de las Agencias Estatales aprobados tras la Ley 28/2006. Véase, por ejemplo, Real Decreto 1403/2007, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo; Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre, por el que aprueba el estatuto de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea; Real Decreto 185/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje; Real Decreto 186/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Meteorología.

el legislador ordinario de la sujeción de una entidad jurídico-pública al ordenamiento que le es propio por mandato constitucional? Ya sabemos que, por imposición del art. 2.2 LRJPAC, las entidades de derecho público, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (es decir, todas sin exclusión), tienen asimismo la consideración de Administración Pública, sometidas a la propia LRPAC cuando ejerzan potestades administrativas<sup>97</sup>. Asimismo, en materia de contratación pública, gracias al Derecho Comunitario es impensable que por ley se excluya a una entidad del régimen de contratación pública, si bien la LCSP –art. 3.2– incomprensiblemente sigue excluyendo a las entidades públicas empresariales del régimen contractual de las «Administraciones Públicas»<sup>98</sup>. Por su parte, en materia de responsabilidad patrimonial, son constantes los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía que declaran las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen contra las Empresas Públicas de la Junta de Andalucía, encuadradas en el artículo 6.1.b) de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, deben examinarse a la luz del régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial derivado del artículo 106.2 de la Constitución<sup>99</sup>, y así se reconoce expresamente en

---

<sup>97</sup> Como ha señalado recientemente J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, cuando la LOFAGE excluye el sometimiento al Derecho Privado lo referente a “la formación de la voluntad de sus órganos”, ¿se refiere sólo a lo específicamente propio de los órganos colegiados, cuando tal sea el caso, o comporta una remisión general a los requisitos de competencia, procedimiento y necesidad de motivación que rigen en realidad la formación de la voluntad de los órganos administrativos, siendo de aplicación toda la regulación general de los actos administrativos de la Ley 30/1992? «El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos», *RGDA* 27 (2011), pág. 40. En esta línea, J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ defiende que el artículo 2.2 de la Ley 30/1992 consagra un principio de reserva de Derecho Administrativo para la atribución y ejercicio de potestades administrativas. “Garantías jurídicas de atribución y ejercicio de potestades administrativas: el principio de reserva de Derecho Administrativo”, en “Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social”, Monografía de Temas Laborales, CARL, Sevilla, 2011.

<sup>98</sup> L. MELLADO RUIZ, «Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la de Ley de Contratos del Sector Público», *RAAP* 74, 2009, en particular p. 127.

<sup>99</sup> «El principio de responsabilidad de los poderes públicos, plasmado en el artículo 9.3 de la Constitución como una de las piezas básicas del Estado de Derecho, se concreta después en su artículo 106.2 con independencia de la tipología de los entes que tengan encomendada la gestión de los servicios públicos en cuyo seno se produce el daño; este principio tiene su correlato en el derecho de los ciudadanos a exigir la responsabilidad [art. 35.j) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre] y ha sido acogido como rector del funcionamiento de la Administración General del Estado, incluidos los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, por el artículo 3.2.d) de la Ley 6/1997, de 14 de abril. Por consiguiente, cabe afirmar que la noción objetiva de servicio público ha sido erigida por la Constitución en la clave de bóveda del sistema de responsabilidad patrimonial» (Consejo Consultivo de Andalucía, *Memoria 2009*, pág. 106).

los Estatutos de alguna Agencia pública empresarial<sup>100</sup>. Igualmente, el régimen jurídico-público patrimonial se aplica a todas las entidades públicas vinculadas o dependientes de las Administraciones generales –art. 2 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas–, incluidas las entidades públicas empresariales<sup>101</sup>. Y a idéntica conclusión debería alcanzarse sobre el ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones<sup>102</sup>. Por tanto, desde el plano de legislación básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, deben relativizarse las declaraciones legales sobre el sometimiento al Derecho Privado de la actuación de Entidades jurídico-públicas, todo ello sin perjuicio de la viabilidad de otros planteamientos constitucionales<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Es el caso de los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (art. 45 Decreto 101/2011).

<sup>101</sup> En tal sentido, la Ley 33/2003 modificó la redacción de los artículos 49 y 56 de la LOFAGE referidos al patrimonio de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, para establecer que en ambos casos el régimen patrimonial será el establecido en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas. E, igualmente, se establece para las agencias estatales en la Ley 28/2006 –art. 17.2–. Véase E. MONTROYA MARTÍN, «El régimen común del patrimonio de los organismos públicos de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas», en VV. AA., *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Iustel, 2007, pp. 116 y ss.

<sup>102</sup> Y ello a pesar de la incertidumbre que puede ofrecer el inciso final del artículo 3.2: «Deberán asimismo ajustarse a esta ley las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas». En realidad, como señala la doctrina, la LGS persigue vincular el concepto de subvención al del ejercicio de una potestad pública, de tal suerte que cuando la actividad del ente público se halle reglada públicamente y, por tanto, sujeta al Derecho Administrativo en el orden de actividad referido a la subvención, el conjunto de la relación subvencional, desde su nacimiento hasta su extinción, se halla sujeto al régimen general de la Ley. Lo que lleva a cuestionar la posibilidad que la misma LGS contempla de que entes públicos puedan realizar entregas dinerarias sin contraprestación sujetas a derecho privado. Véase J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Sujetos y órganos competentes para establecer y otorgar subvenciones”, capítulo III de G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra) 2005, pp.142 y ss.

<sup>103</sup> J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ha venido defendiendo que la exigencia del artículo 103.1 CE de sometimiento pleno de la actuación administrativa al Derecho no es a cualquier rama del Derecho sino al Derecho Público («La integración en el Sistema de Administraciones Públicas de las Administraciones Instrumentales», *RAAP* núm. 51, 2003, p. 71). Y, más recientemente, dirá «Ningún sentido tiene, sin embargo, por otra parte, la configuración legal actual de un tipo de persona o de entidad jurídico-pública cuya actuación habría de someterse en principio al Derecho privado» (“Sujetos y órganos competentes para establecer y otorgar subvenciones”,



### 3. Régimen del personal de las Agencias: la doble dependencia

La Ley 1/2011 no modificó el régimen de personal de las agencias administrativas, de modo que puede ser funcionario, laboral o, en su caso, estatutario, en los mismos términos que los establecidos para la Administración de la Junta de Andalucía (art. 67.2). En cambio, sí se modifica ligeramente el régimen del personal de las agencias de régimen especial. Como se señaló antes, la LAJA había dispuesto que el «personal de las agencias de régimen especial se rige por el Derecho Laboral. No obstante, las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario». En cambio, la Ley 1/2011 establece lo siguiente: «El personal de las agencias de régimen especial podrá ser funcionario, que se regirá por la normativa aplicable en materia de función pública, y personal sujeto a Derecho Laboral. Las funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario» (art. 74.1). De este modo, la nueva redacción parece eliminar ese obligado confinamiento del personal funcionario al estricto ámbito de funciones de autoridad, pero tampoco garantiza se produzca, pues deja en manos de la Administración la elección de uno u otro régimen para el resto de las funciones. En todo caso, al contar estas entidades con personal funcionario se salva, en principio, la reserva funcional.

Ahora bien, una vez más, la principal modificación efectuada por la Ley 1/2011 está referida a las agencias públicas empresariales. Como se señaló antes, la LAJA había dispuesto que el personal de las agencias públicas empresariales

---

*RGDA* núm. 27, 2011, pág. 39). Hace ya tiempo, F. GARRIDO FALLA (“Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales”, *REDA* n° 79, 1993, págs. 392 y ss) propugnó la supresión de la categoría de Entidades de Derecho público cuya actividad está sometida al Derecho privado. En este sentido, J.M. SALA ARQUER (“Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *REDA* n° 75, 1992, pág. 412), señaló que no puede admitirse que la Administración, o el legislador, configuren arbitrariamente el estatuto jurídico de tal o cual organismo, prescindiendo del contenido y características de su actividad y de los fines que persigue. De modo similar, A. BETANCOR RODRÍGUEZ (“Las Entidades Públicas Empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, *Documentación Administrativa*, n° 246-247, 1997, pp. 481 y ss.), ha manifestado que las EPEs, al combinar actividad de autoridad con actividad empresarial, suponen un híbrido inconstitucional, por no ajustarse a la “imagen” constitucional de la Administración Pública como poder público. En fin, como ha señalado R. RIVERO ORTEGA –*El Derecho Administrativo Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 94 y 95–, debe realizarse una “lucha por las formas”: la forma jurídico-pública de personificación de los entes instrumentales delata automáticamente su condición de Administración Pública, determinando la inmediata aplicación de todo un bloque de normas jurídico-públicas.

riales se rige en todo caso por el Derecho Laboral –art. 70.1–<sup>104</sup>. Esto plantaba una clara contradicción con la posibilidad también indicada de que atribuir a estas entidades el ejercicio de potestades administrativas. Pues bien, la Ley 1/2011 mantiene la regla de la LAJA: tanto en las agencias públicas empresariales del artículo 68.a) como del 68.b) el personal se rige *en todo caso* por el Derecho Laboral –art. 70.1–<sup>105</sup>. Y para salvar el escollo de la reserva funcionarial la LAJA acude a técnica clásica del Derecho Administrativo: la distinción entre adscripción orgánica y funcional –art. 70.3– :

«En el caso de que se trate de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, podrá llevarlas a cabo, bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. A tal fin, se configurarán en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial<sup>106</sup>.

La dependencia de este personal supondrá su integración funcional en la estructura de la agencia, con sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma, quienes ejercerán las potestades que a tal efecto establece la normativa general. El decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrá las prescripciones necesarias para concretar el régimen de dependencia funcional, el horario de trabajo y las retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y las relativas al sistema de recursos

---

<sup>104</sup> Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 se incorporó una enmienda formulada por el Grupo Socialista (núm. 88) en la que se añadía al artículo 70.1 LAJA tras la afirmación según la cual el personal de las agencias públicas empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral «así como por lo que le sea de aplicación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público», añadido perfectamente superfluo como es notorio.

<sup>105</sup> En su dictamen de 23 de marzo de 2011 el profesor Clavero señala: «Son incompatibles el que “en todo caso” el personal de estas agencias se rija por el Derecho Laboral, del artículo 70 de la Ley 1/2011 y el “en todo caso” que establece el EBEP en su artículo 9.2 de la necesaria intervención de funcionarios públicos».

<sup>106</sup> El Decreto-Ley 5/2010 establecía: «A tal fin, *podrán configurarse* en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial». Tras la enmienda núm. 87 del Grupo Socialista se modificó la redacción de este inciso: «A tal fin, *se configurarán* en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial».

administrativos que procedan contra los actos que se dicten en ejercicio de las potestades administrativas atribuidas a la agencia»<sup>107</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que los Estatutos de las Agencias Públicas Empresariales del artículo 68.b) aprobados hasta la fecha no tratan apenas el régimen de dependencia funcional, tal como exige la Ley 11/2001. Por su parte, los protocolos articulan la doble dependencia de los funcionarios del siguiente modo:

- De la Agencia: corresponderá a la Agencia el establecimiento de las condiciones relativas a la prestación del servicio del personal funcionario bajo su dependencia funcional, en materia de horario de trabajo<sup>108</sup>. Asimismo corresponderá a la Agencia la evaluación del desempeño que corresponda a este personal, lo que conlleva la fijación de la retribución variable que corresponda a este personal dentro del sistema de evaluación general del desempeño que esté establecido<sup>109</sup>.
- De la Consejería: corresponderá a la Consejería a que se adscribe la Agencia el ejercicio de la potestad disciplinaria, así como la resolución de los recursos administrativos contra las instrucciones y órdenes de servicio dictadas por los órganos directivos de la Agencia<sup>110</sup>.

Dejando de lado la observación obvia según la cual la expresión «podrá lle-

---

<sup>107</sup> La redacción original de este apartado en el Decreto-Ley 5/2010 era parcialmente diferente: «El decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrá las prescripciones necesarias para concretar el régimen de dependencia funcional, especialmente en relación con el sistema de recursos administrativos, jornada y horario de trabajo, retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y ejercicio de la potestad disciplinaria». Como puede verse, la principal diferencia es la omisión por el Decreto-Ley 6/2010 del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Agencia. Además, el Decreto-Ley 5/2010 contenía un párrafo suprimido tras el Decreto-Ley 6/2010: «Las agencias públicas empresariales podrán llevar a cabo a través de su personal, cualquiera que sea su forma de vinculación, de forma directa, funciones complementarias y de investigación y auxilio de las potestades públicas atribuidas, entre otras las de autotutela y recuperación del dominio público, sancionadora, expropiatoria, de fe pública y de todas aquellas reservadas a personal funcionario».

<sup>108</sup> Los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía añaden que en todo caso, dichas condiciones se establecerán en el marco de la normativa reguladora de las formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario de la Junta de Andalucía (disposición adicional tercera).

<sup>109</sup> Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (disposición adicional tercera).

<sup>110</sup> Así pues, los protocolos ratifican el criterio del Decreto-Ley 6/2010 de desposeer a las agencias de la potestad disciplinaria sobre los funcionarios adscritos funcionalmente.

varlas a cabo» del artículo 70.3 debe entenderse «*deberá llevarla a cabo*» por exigencia del EBEP, se ha señalado que este «régimen de dependencia funcional que implica para funcionarios de carrera una movilidad forzosa del puesto de trabajo, sin respetar mínimamente los requisitos fijados en el EBEP, ya que bajo esa apariencia de mantenimiento en el mismo puesto de trabajo del que se sigue dependiendo orgánicamente, lo que existe en realidad es un traslado encubierto en el que buena parte de sus condiciones laborales van a cambiar por completo»<sup>111</sup>. En concreto, este precepto vulneraría las condiciones para la movilidad forzosa establecidas en el artículo 81.2 EBEP, según el cual «las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar (se entiende forzosamente) a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares». Sin embargo, lo cierto es que si este precepto habilita a las Administraciones Públicas, aquí nos encontramos ante una norma con rango de Ley.

En todo caso, la técnica de la disociación de la dependencia orgánica y funcional se ha empleado siempre dentro de una misma Administración Pública y para mantener una cierta vinculación funcional con un órgano diferente al cual se adscribe orgánicamente la unidad de que se trate y en la que efectivamente sirve<sup>112</sup>. En este caso, además del salto de una Administración (la Administración General de la Junta de Andalucía) a otra (la Agencia pública empresarial de que se trate) se produce una situación inversa: la unidad o

---

<sup>111</sup> Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de diputados del Partido Popular contra la Ley 1/2011: «En definitiva, con este sistema los funcionarios de las Consejerías van a estar bajo la dirección funcional de las agencias públicas empresariales. Pasamos de esta forma de la concepción tradicional de los entes instrumentales como medio propio de la Administración Pública, a otra muy novedosa –y netamente andaluza– en la que la administración pública se convierte en medio propio de los Entes Instrumentales en aquellas tareas que éstos no pueden, por estricto imperativo legal, realizar».

<sup>112</sup> Así, el Decreto 233/1989, de 7 de noviembre, por el que se establece el funcionamiento de los archivos centrales de las consejerías dispuso lo siguiente: «Los archivos centrales estarán adscritos a la Secretaría General Técnica u órgano equivalente de los Organismos Autónomos y Empresas de la Junta de Andalucía dependiendo funcionalmente, a través del Archivo General de Andalucía, de la Consejería de Cultura, que tendrá las competencias establecidas en el presente Decreto y en sus normas de desarrollo» –art. 2–. Por su parte, el Decreto 97/2000, de 6 marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Sistema Andaluz de Archivos, generalizó este criterio al establecer que, sin perjuicio de su adscripción orgánica, los archivos de titularidad o gestión autonómica dependerán funcionalmente, a efectos del cumplimiento de las instrucciones en materia archivística que se dicten, de la Consejería de Cultura –art. 23.6–.

puesto de trabajo de *facto* se adscribe a la Agencia, como se desprende fácilmente de los protocolos de adscripción, en los que palmariamente se expresa que corresponderá a la Agencia el establecimiento de las condiciones relativas a la prestación del servicio del personal funcionario bajo su dependencia funcional, en materia de horario, así como corresponderá a la Agencia la evaluación del desempeño que corresponda a este personal.

Asimismo, corresponde a la Agencia la evaluación del desempeño del personal funcionario adscrito funcionalmente, lo que además de consecuencias inmediatas en orden a la percepción del correspondiente complemento retributivo, conllevará importantes consecuencias en orden a la carrera horizontal y vertical del funcionario, pues la evaluación del desempeño está llamada a desempeñar a partir del EBEP un lugar central en una y otra modalidad de carrera profesional. Es decir, el funcionario afectado por esta «adscripción funcional», en realidad, pasa a desempeñar sus funciones en la Agencia. Nada que ver, por tanto, con la tradicional técnica de la disociación de la dependencia orgánica y funcional.

De otro lado, durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011, el Grupo Socialista formuló una enmienda (la 113 por la que se introducía la disposición adicional quinta) del siguiente tenor: «Los puestos de trabajo que tengan asignadas tareas de dirección que estén relacionadas con el ejercicio de potestades públicas serán desempeñados, en todo caso, por personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera. Su régimen jurídico, como personal laboral, será el previsto en el artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, en la disposición adicional quinta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, y en la normativa que sobre esta materia dicte la Comunidad Autónoma de Andalucía». Sin embargo, finalmente se desvirtuó la enmienda al añadirse: personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera «o por quienes sean nombrados por el Consejo de Gobierno como gerentes o jefes de personal de las agencias»<sup>113</sup>. En nuestra opinión, incluso antes de quedar vacío de contenido se trataba de un claro error, pues no se salva la reserva de funciones al personal funcionario por la circunstancia de que la persona designada tenga personalmente la condición de funcionario de carrera, sino porque su estatus en la Administración sea precisamente el que corresponde al personal funcionario<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Así, por ejemplo, artículo 24.3 Estatuto de la Agencia de Obra Pública añade «por personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera o por quien sea nombrado por el Consejo de Gobierno como Director Gerente, jefe superior de personal de la Agencia».

<sup>114</sup> Por eso este mismo tipo de preceptos no plantea problemas en el caso de las agencias de régimen especial. Así, el Estatuto de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera declara que los

Por lo demás, nada añade al sistema ya diseñado en el Decreto-Ley 5/2010 la redundante disposición adicional sexta introducida por la Ley 1/2011, y según la cual 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 corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos establecidos en la legislación en materia de función pública»<sup>115</sup>.

#### 4. Integración del personal en las agencias

##### A. Integración del personal laboral procedentes de entidades privadas

El Decreto-Ley 5/2010 disponía: «b) 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». Pero tras la negociación con UGT y CCOO se añadió en el Decreto-Ley 6/2010: «y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial».

Este acceso directo se produce mediante la técnica de la sucesión de empresas del Estatuto de los Trabajadores [letra b) de la disposición adicional cuarta], de tal forma que pese a no haber concurrido necesariamente a un proceso selectivo basado en los principios de publicidad, mérito y capacidad, como si debieron hacer el personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía. Por esta razón, se ha señalado que la Ley 1/2011 podría vulnerar la exigencia constitucional del acceso «en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas», que forma parte del contenido esencial – indisponible para el legislador – del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE, como lo es también del principio de igualdad recogido en el artículo 14

---

puestos de trabajo que tengan asignadas tareas de dirección que estén relacionadas con el ejercicio de potestades públicas serán desempeñados, en todo caso, por personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera –art. 32.2–. Lo cierto es que en el Proyecto de Ley de EBEP remitido al Senado se decía que los directivos con contrato laboral de alta dirección no podían ejercer directa o indirectamente funciones que impliquen autoridad, si bien esta matización desapareció del texto final. Véase R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 67.

<sup>115</sup> Esta disposición tiene origen en la enmienda núm. 114 formulada por el Grupo Socialista. *BOPA* núm. 611, de 3 de febrero de 2011.

CE<sup>116</sup>. Sin embargo, debe aquí recordarse la doctrina constitucional (discutible por su carácter formalista) contraria a la aplicación del artículo 23.2 CE al acceso a la condición de personal laboral de las Administraciones públicas<sup>117</sup>.

Ahora bien, sea o no de aplicación del derecho fundamental del artículo 23.2 CE, la Ley 1/2011 puede vulnerar los artículos 14 y 103.3 CE. Con ánimo de salvar esta inconstitucionalidad debe entenderse que una cosa es conceder a este personal procedente de las entidades privadas del sector público andaluz, seleccionado en ocasiones bajo procedimientos ignotos (pues –como indican los informes de la Cámara de Cuentas– no se conserva documentación al respecto) la condición de «empleados públicos», (que es justamente lo que explicita la Ley 1/2011 tras la negociación efectuada con los sindicatos UGT y CCOO), y otra distinta es que adquieran, automáticamente, la condición de personal laboral «fijo». En nuestra opinión, este personal podrá conservar la categoría –eventual o indefinida– que tenía en la entidad de procedencia, pero lo que no procede es su conversión en personal laboral «fijo», pues ésta es una categoría exclusiva del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, con las consecuencias que ello supone en relación con el personal indefinido (esto es, convocatoria de las plazas ocupadas por personal indefinido mediante procedimientos selectivos en los que, en su caso, podrá valorarse como mérito los servicios prestados en la entidad de procedencia, pero sin que puedan consistir, ni formal ni materialmente, en pruebas restringidas, sino que ha de tratarse de procesos selectivos de carácter abierto, en los que se garantice la libre concurrencia, tal como exige el EBEP –art. 61.1–).

---

<sup>116</sup> Así lo entiende el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular.

<sup>117</sup> No lo ha entendido así la STSJ Andalucía (Sevilla) de 2 de noviembre de 2011, que anula la disposición adicional segunda del Decreto 103/201, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, por vulneración de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución. Según el Tribunal es esa disposición del Decreto la que regla y materializa la integración del personal del Instituto y por tanto la que infringe el EBEP, y como consecuencia de esa infracción, se vulneran los derechos susceptibles de amparo invocados por los recurrentes. De manera que el Tribunal considera que no es necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Ley 1/2011, ya que conforme al artículo 35 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional de su validez no depende este fallo. Sin embargo, en nuestra opinión, es justamente este punto el más frágil del razonamiento de la sentencia, pues elude la clara cobertura de la disposición del Decreto anulada en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de la cual aquel no es más que su directa ejecución, por lo que estimamos que sí procedía el planteamiento de la cuestión de inconstitucional justamente de dicha disposición legal. Aunque acertada en el fondo, tal vez no proceda en este caso la aplicación directa de la Constitución por la justicia ordinaria.

## 5. Integración personal funcionario

### A. Integración del personal funcionario en agencia pública empresarial

Dado que no se prevé la adscripción orgánica a las APES de personal funcionario, puesto que su personal es exclusivamente de régimen laboral, hay dos posibilidades: o bien el funcionario se integra voluntariamente como personal laboral, o bien queda adscrito funcionalmente a la Agencia.

-Integración como personal laboral. Según la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2001, la integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial será voluntaria»<sup>118</sup>. El tipo de contrato y las condiciones de este personal se negociarán con las organizaciones sindicales más representativas<sup>119</sup>. El personal funcionario que se integre como laboral quedará en sus Cuerpos en la situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público andaluz. En caso contrario permanecerá en servicio activo.

---

<sup>118</sup> En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular se señala lo siguiente: «lo que se concibe como una integración “voluntaria” del personal funcionario en la agencia pública empresarial en la letra a) de la Disposición Adicional Cuarta, perdiendo claro está su condición de funcionario, no tiene en realidad ningún componente de voluntariedad, puesto que los interesados habrán de optar entre perder “voluntariamente” su plaza obtenida a través de un concurso-oposición, y los derechos que como funcionario pudieran corresponderle a cambio de ciertas ventajas o permanecer en su puesto y en su condición cuando todas las tareas y potestades han sido externalizadas y resultará de imperiosa aplicación lo previsto en el nuevo artículo 69 LAJA sobre la adscripción funcional de personal funcionario a esa misma agencia pública empresarial a la que no ha querido irse voluntariamente. En consecuencia, se obliga subrepticamente a multitud de funcionarios a laborizarse (con el riesgo cierto de que en el momento en que eso ocurra el código de su plaza sea inmediatamente desdotado, por lo que si quisiera reintegrarse como funcionario habría que esperar a que la Administración volviera a dotarla –cosa harto improbable–) o a permanecer en unas condiciones laborales hostiles, y tanto una cosa como la otra representan un ataque directo por vía legislativa al principio de igualdad del artículo 14 CE y al derecho a ejercer las funciones públicas en condiciones de igualdad y a no ser removidos de sus puestos reconocido por el artículo 23.2. CE. Si bien, la Ley 1/2011 establece en su disposición adicional cuarta que los funcionarios podrán de forma voluntaria incorporarse a la Agencia. En el caso en que sus funciones se trasladen a la Agencia y no acepten dicha “incorporación voluntaria”, esta normativa no les asegura una plaza equivalente de funcionario en la estructura de la Junta de Andalucía, quedando sin regular esta situación, con la única mención en el sentido de “permanecer en servicio activo”, con lo que el funcionario se ve obligado a aceptar la situación impuesta ante el desconocimiento de su futuro»

<sup>119</sup> Este inciso fue introducido durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 a partir de la enmienda 108 formulada por el Grupo Socialista.



Al personal funcionario que se integre en una agencia pública empresarial como personal laboral se le considerará como mérito el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía<sup>120</sup>. A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad. Asimismo, cuando reingrese al servicio activo, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de trienios y, en su caso, se le considerará en su carrera profesional.

La aplicación de la situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público impide que se pueda hablar de pérdida de la condición de funcionario público. Ahora bien, esta medida no supone concesión alguna, pues se trata simplemente de aplicar la previsión contenida en el Reglamento de Situaciones Administrativas –art. 15–<sup>121</sup>. En efecto, a diferencia de la excedencia voluntaria por interés particular, en este caso no se exige un período mínimo de servicios previos, la Administración no puede oponerse a la misma por razones del servicio («Procederá declarar» dice el Reglamento) y no tiene un límite temporal determinado, sino que los funcionarios podrán permanecer en esta situación en tanto se mantenga la relación de servicios que dio origen a la misma. El problema es que esta situación no garantiza la reserva del puesto de trabajo: una vez producido el cese como personal laboral fijo, el funcionario deberá solicitar el reingreso al servicio activo. Lo cierto es que si el legislador autonómico pudo haber creado una situación “ad hoc”, como en su día dispuso el Estado para los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas.

- Adscripción funcional manteniendo la condición de funcionario. A sensu contrario en relación con la voluntariedad de la integración como personal laboral, de la disposición adicional cuarta se desprende que la adscripción funcional no es voluntaria. Curiosamente esto determina lo siguiente:

- Si se trata de personal funcionario que no venía ejerciendo funcio-

---

<sup>120</sup> La precisión final del precepto refiriendo los concursos a la Administración General de la Junta de Andalucía fue introducida durante la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 a partir de la enmienda 109 formulada por el Grupo Socialista.

<sup>121</sup> La única innovación, no sé si consciente o no del legislador autonómico, sería aplicar esta situación a los funcionarios interinos, pues tras modificación efectuada por el Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo, esta excedencia se aplica a los funcionarios de carrera, determinación que ha sido considerada lícita por el Supremo (STS 23-12-2008, rec. 153/2006).

nes reservadas a funcionarios: podrá optar entre permanecer como tal en la Administración de la Junta de Andalucía, si bien probablemente tendrá que ser reasignado; o bien optar por perder su condición de funcionario e integrarse en la APE como personal laboral.

- Si se trata de personal funcionario que si venía ejerciendo funciones reservadas a funcionarios: no puede elegir, se verá adscrito funcionalmente a la APE.

Según la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2001, al personal funcionario que se adscriba funcionalmente a una agencia pública empresarial le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía. Asimismo, algunos Estatutos de las Agencias añaden «y en especial la regulación sobre jornada, horario y retribuciones»<sup>122</sup>, lo cual es contradictorio con las sujeción a los horarios de la Agencia prevista en la Ley 1/2001<sup>123</sup>.

#### B. Integración personal funcionario en Agencia de régimen especial

Según la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2001, al personal funcionario que se integre orgánicamente en una agencia de régimen especial le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía. De otro lado, a sensu contrario de la voluntariedad de la integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial, se infiere que la integración del personal funcionario en una agencia pública de régimen especial no es voluntaria. Lo cual puede considerarse correcto, puesto que la Ley prevé que estas agencias estarán integradas por personal funcionario y laboral.

---

<sup>122</sup> Por ejemplo, art. 38.2 Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento. Por su parte, los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía establece que al personal funcionario adscrito continuará siéndole de aplicación el régimen vigente en materia de vacaciones, permisos y conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género del Estatuto Básico del Empleado Público, así como el establecido en esta materia en el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía (disposición adicional tercera).

<sup>123</sup> Algún Estatuto de Agencia añade lo siguiente: «Los conceptos retributivos del personal funcionario bajo la dependencia funcional de la Agencia son los establecidos para este personal en la normativa de función pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus cuantías se determinarán de conformidad con lo establecido en la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en la correspondiente relación de puestos de trabajo» (art. 33.3 Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales).

## **6. Integración del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía**

### **A. Integración en una agencia pública empresarial**

Tras el Decreto-Ley 6/2010 se explicitó que la integración del personal laboral procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía en una agencia pública empresarial será voluntaria. Como se trata de personal laboral, aquí no se plantea ninguna adscripción funcional obligatoria. Este personal mantendrá su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía hasta que exista un nuevo convenio colectivo. En dicho momento pasará a la situación del tipo de excedencia que determine el convenio colectivo de procedencia.

Tanto el Decreto-Ley 5/2010 como el Decreto-Ley 6/2010 no contenían más precisiones, pero en la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2011 se añadieron los párrafos siguientes, a instancia de las organizaciones sindicales CCOO y UGT: «Al personal laboral procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía que se integre en una agencia pública empresarial se le valorará como experiencia laboral el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de traslados para la provisión de puestos de trabajo o promoción interna en la Administración General de la Junta de Andalucía. A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad. Asimismo, cuando reingrese al servicio activo en la Administración General de la Junta de Andalucía, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de antigüedad y, en su caso, se le considerará en su carrera profesional». De este modo, se establecen garantías similares a las previstas para el personal funcionario que voluntariamente se integre en las Agencias.

### **b) Integración en una agencia de régimen especial**

«El personal laboral de las agencias de régimen especial procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía se integra orgánicamente, manteniendo su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Adminis-

tración de la Junta de Andalucía». Por tanto, sucede igual que al personal funcionario: la integración orgánica es obligatoria<sup>124</sup>.

## 7. La reserva funcional al Estatuto funcional

En todo caso, la cuestión central que plantea la Ley 1/2011 es cuál es el alcance de la reserva funcional al estatuto funcional que impone el EBEP. Como es sabido, el EBEP –art. 9.2– establece: «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»<sup>125</sup>.

Como es evidente, el art. 9.2 del EBEP adopta el criterio fijado por el Tribunal de Justicia para definir los empleos de la Administración excluidos del ámbito de la libre circulación (artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), que es el de los “empleos que implican una participación directa, o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tiene por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas” (entre otras, Sentencia de 30 de septiembre de 2003, asunto C-47/2002)<sup>126</sup>.

Ahora bien, aunque parezcan conectados lo prevenido en el art. 9.2 EBEP y la normativa comunitaria, entre ambas no existe una identidad absoluta porque su razón de ser no es la misma. La interpretación que ha realizado el Tri-

---

<sup>124</sup> Este precepto presentaba en el Decreto-Ley 5/2010 presentaba una redacción diversa «El personal laboral de las agencias de régimen especial procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía mantendrá su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía hasta que exista un nuevo convenio colectivo. En dicho momento pasará a la situación del tipo de excedencia que determine el convenio colectivo de procedencia».

<sup>125</sup> Este criterio fue defendido años atrás por M<sup>a</sup>. J. MONTORO CHINER, “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *RAP* n<sup>o</sup> 136, 1995, en especial pp. 186 y ss., donde subraya que el criterio de la función se alza en el elemento clave de la distinción entre personal laboral y funcional. Como subraya la autora, la justificación de la existencia de los sujetos reside en la función que éstos desempeñan, y no al revés.

<sup>126</sup> La definición establecida por la jurisprudencia comunitaria fue considerada por el Informe del Comité de Expertos como claramente indicativa del núcleo esencial de la función pública de carrera y que, desde su condición de norma mínima, debería ser contemplada en la formulación del nuevo Estatuto. Lo cual parece orientar la concreción de las funciones que quedan reservadas a funcionario público, pero no es una exigencia.

bunal de Justicia de la cláusula de reserva se explica en el contexto de la máxima vigencia de la libre circulación de trabajadores, de ahí que la reserva comunitaria se haya interpretado de forma muy restrictiva en coherencia con su carácter de excepción de las libertades comunitarias<sup>127</sup>. Por el contrario, el punto de partida a efectos de identificar las funciones que deben quedar excluidas del régimen laboral o cualquier otro régimen que no sea el de funcionarios (como el personal eventual) debe ser el principio constitucional de preferencia del régimen funcionarial.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional (STC 99/1987) declaró que la Constitución supone una *opción genérica en favor de un régimen estatutario de los servidores públicos*. Así, la sentencia añade que la Constitución exige que las excepciones a tal régimen deben ser dispuestas por el legislador, estableciendo las condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración, “garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo pueden ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionarios”<sup>128</sup>. Y es evidente que el EBEP no habría cambiado este principio por ser derivación directa de la Constitución<sup>129</sup>.

De este modo, y a diferencia de la aplicación de la excepción comunitaria a la libre circulación de trabajadores, la Ley debe determinar claramente qué funciones puede desempeñar el personal laboral y no al contrario. Y, en este

---

<sup>127</sup> Desde la perspectiva del Derecho Comunitario de excepción al principio de libre circulación de trabajadores: Lo esencial es conocer si las funciones que los conforman se traducen “en actos de voluntad que obliguen a los particulares, con posibilidad de exigir su acatamiento en caso de desobediencia” (sentencia de 26 de mayo de 1982, asunto 149/79, Comisión vs. Bélgica). Se tiende a distinguir entre actos de gestión y actos de poder público.

<sup>128</sup> Así, S. MARTÍN-RETORTILLO señaló, la «STC 99/1987, de 11 de junio, si bien de forma en exceso tamizada pero no por ello menos inequívoca, había señalado que la CE había optado con carácter general por el régimen estatutario para los servidores públicos, sin perjuicio de que, en algunos casos, puedan reconocerse, siempre con carácter excepcional, otras vías de acceso para los servidores públicos». «Reflexiones sobre la “huida” del derecho administrativo», en *RAP*, núm. 140, 1996, pgs. 47 y 48.

<sup>129</sup> Así, puede señalarse algunas Leyes autonómicas posteriores al EBEP mantienen un principio general de *preferencia* por el régimen funcionarial. Así, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de las Islas Baleares establece que, con carácter general, los puestos de trabajo de la administración autonómica están reservados a personal funcionario de carrera –art. 14–. En este sentido, la Ley 210/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana establece que, carácter general, los puestos de trabajo se clasificarán de naturaleza funcionarial y, en todo caso, aquellos cuyo desempeño implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales –art. 37–.

sentido, aun cuando el artículo 9.2 remite a «los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca», el artículo 11.2, más acorde con la doctrina constitucional establece: «Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los  *criterios*  para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2». Otra cosa es que, tal vez, los criterios deberían haberse fijado por el legislador básico, pues se trata de una cuestión crucial para todo el régimen del empleo público<sup>130</sup>. Y, en todo caso, el EBEP impone un claro mandato positivo al legislador de desarrollo («establecerán»), de tal modo que esta delimitación constituye un contenido normativo obligado de dichas leyes<sup>131</sup>.

Pues bien, obsérvese que el EBEP no reserva sólo el ejercicio de potestades administrativas, que sería rigurosamente excepcional, pues las potestades se atribuyen por lo general a órganos y no a cuerpos funcionariales, sino el «ejercicio de  *las funciones que impliquen la participación directa o indirecta*  en el ejercicio de las potestades públicas»<sup>132</sup>. Y en la interpretación de este ámbito funcional reservado a al estatuto funcional entendemos que debe partirse –como se ha señalado– del carácter constitucionalmente prevalente del régimen funcional en todo aquello que sea propio de la actuación administrativa diseñada por la Constitución –art. 103.1 CE–<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> Como señala J. FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, nos vamos a encontrar con dieciocho leyes de función pública (la estatal y las autonómicas) que podrán establecer soluciones diversas, contrarias por tanto al principio de igualdad y, lo que es más importante, vaciando de contenido la exigencia del legislador. «El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público», *REDA*, núm. 139/2008.

<sup>131</sup> L. ORTEGA ÁLVAREZ, se pregunta si lo dispuesto en el artículo 9.2 EBEP es una habilitación al legislador para el desarrollo para reservar puestos de trabajo a funcionarios, en base a los criterios contenidos en dicho precepto, o constituye una obligación de declarar reservados a funcionarios todos los puestos en los que se produzcan tales circunstancias. «Introducción general a los comentarios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en *«Estatuto Básico del Empleado Público»*, La Ley, El Consultor, 2007, pág. 37. Como señala J. FERNÁNDEZ-MIRANDA, parece clara la obligatoriedad.

<sup>132</sup> En cambio la LAJA en el art. 74.1 referido a las agencias de régimen especial utiliza una expresión más restrictiva: «funciones que impliquen ejercicio de autoridad serán desempeñadas por personal funcionario» (más correcto, el art. 69 referido a las agencias públicas empresariales reproduce la expresión del EBEP).

<sup>133</sup> Empieza a extenderse la opinión de que este deslinde entre el personal laboral y funcional es ya innecesario, máxime cuando el personal tiene carácter fijo, sobre todo habida cuenta de que el propio EBEP ha establecido un régimen común para ambas clases de empleados públicos (en particular, en materia de código de conducta y régimen disciplinario). Sin embargo, no podemos compartir esta opinión. Con independencia del diferente rigor de los procedimien-

Pues bien, está claro que necesariamente debe reservarse a los funcionarios públicos aquel tipo de actividad administrativa que se exterioriza a través de un acto administrativo y que implica además el ejercicio frente a terceros de prerrogativas o poderes exorbitantes a los que posee cualquier sujeto privado. Así, puede recordarse que la Ley de Función Pública andaluz en su redacción original establecía: «se adscribirán en todo caso a funcionarios los puestos de trabajo que supongan necesariamente la adopción de decisiones que puedan ser objeto de recursos en vía administrativa o contencioso-administrativa» –art. 12.2–.

Pero el propio EBEP da pistas en un sentido más amplio. En efecto, a propósito de la Administración Local se establece lo siguiente: «Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería (disposición adicional segunda)<sup>134</sup>. De este modo, cabe incluir las tareas de preparación de actos jurídicos, su puesta en práctica y el control de su aplicación. En tal sentido, debe recordarse que la LRBRL, tras la modificación efectuada por la Ley 57/2003, a propósito de las entidades públicas empresariales locales establece que el secretario del Consejo de Administración, *que debe ser un funcionario público* al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades –art. 85 bis 1.d)–.

A título orientativo puede señalarse que la delimitación contenida en dos leyes autonómicas, que siguen de cerca lo establecido por el EBEP. De un lado, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de las Islas Baleares establece –art. 14.3– que quedan reservados al personal funcionario de carrera los puestos de trabajo y las funciones cuyo cumplimiento implica ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control y fiscalización interna de la gestión eco-

---

tos selectivos para uno y otro tipo de personal y lo que ello supone de merma o garantía para el principio de igualdad en el acceso al empleo público, el valor de la imparcialidad (que constituye la seña de identidad del estatuto funcionarial según la Constitución –art. 103.3–) impone una serie de exigencias en orden a la carrera profesional que sólo el régimen funcionarial puede garantizar. Lejos de tratarse de una cuestión baladí, entendemos que se trata de uno de los caballos de batalla del Estado de Derecho en la actualidad.

<sup>134</sup> Como es sabido, la delimitación de funciones reservadas al estatuto funcionarial contenida en la LRBRL –art. 92, ahora derogado– era más amplia, pues incluía también a aquellos puestos que requieran de las notas de imparcialidad, objetividad e independencia en su desempeño, inciso cuya constitucionalidad fue cuestionada, pero cuya constitucionalidad fue avalada por la STC 37/2002.

nómico– financiera y presupuestaria, los de contabilidad y tesorería, los de carácter técnico y administrativo, los que comportan jefatura orgánica y, en general, los que se reservan a este personal para una mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función, así como los que implican una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales de la comunidad autónoma.

De otro lado, la reciente Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha declara –art. 6.2– que son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales las siguientes: a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos. b) La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas. c) La emanación de órdenes de policía. d) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria. e) La contabilidad. f) Las de tesorería. g) La fe pública. h) La recaudación. i) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos. j) El asesoramiento legal preceptivo<sup>135</sup>.

Por el contrario, de la LMRFP –art. 15.1.c)– se infiere que la Administración podrá optar por proveer mediante personal laboral los puestos de trabajo «con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo».

De todo lo anterior se desprende que en toda entidad jurídico-pública, con independencia de cuáles sean sus actividades con proyección exterior, existe un conjunto de funciones internas que necesariamente han de ser desempeñadas por funcionarios públicos: el control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria; la contabilidad; las funciones de tesorería; la función fe pública y asesoramiento legal preceptivo. Por tanto, es legalmente imposible que una entidad jurídico-pública pueda prescindir por completo del personal funcionario<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> La Ley añade que a los efectos de lo previsto en el presente apartado y salvo supuestos excepcionales, se considerará que las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales.

<sup>136</sup> Algún Estatuto parece hacerse eco parcialmente de esta exigencia. Así, los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia establecen que la secretaría del Consejo Rector, de la Comisión de Control y del Comité Consultivo será desempeñada por una persona que ostente la condición de personal funcionario, del grupo A, de entre los adscritos funcionalmente a la Agencia (arts. 14.8, 16.2 y 17.7). Por su parte, el Estatuto de la Agencia Andaluza del Conocimiento establece que el cargo de la Secretaría General debe cubrirse por personal funcionario



Pero, además, si la entidad pública emite actos administrativos, la instrucción de los correspondientes procedimientos administrativos de elaboración de dichos actos compete también a personal funcionario<sup>137</sup>. Como también le corresponde los actos de administración de cualquier registro público a cargo de la entidad. Y, finalmente, la inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas y resoluciones administrativas. Debe recordarse que la propia LRJ-PAC –art. 137.3– para que los hechos constatados por un actuario tengan valor probatorio éste deberá tener la condición de funcionario público<sup>138</sup>.

Por tanto, la instrucción y el control del cumplimiento de todos los actos de carácter administrativo (y algunos Estatutos de las Agencias definen cuáles son) corresponde al personal funcionario<sup>139</sup>. En definitiva, lo decisivo es que el

---

de carrera, eso sí mediante el sistema de la adscripción funcional (art. 17.1 Decreto 92/2011). Pero ¿existe realmente una función más nuclear para la organización de la entidad que la de la secretaría general, a la que corresponde ejercer, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la persona titular de la Dirección Gerencia, la dirección administrativa y técnica de los distintos servicios de la Agencia así como asumir la dirección del personal al servicio de la Agencia? ¿Tiene sentido mantener el artificio de la adscripción funcional?

<sup>137</sup> Por tanto, no se trata sólo de la instrucción de algunos procedimientos, como se establece en los Estatutos de las Agencias en relación con la defensa y recuperación de los bienes de dominio público, para lo cual se establece que la instrucción de los procedimientos necesarios para el ejercicio de estas potestades, así como las propuestas de resolución, corresponderán a la Consejería competente en la materia. Por ejemplo, art. 14.2 del Decreto 94/2011 de la Agencia de Obra Pública.

<sup>138</sup> Debe reseñarse la sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) núm. 1934/2009 de 30 octubre, sobre ayudas del Fondo Andaluz de Garantía Agraria. El Tribunal reconoce que las Actas de Control e Inspección efectuadas por funcionario gozan de presunción de veracidad salvo, claro está, que sean desvirtuadas por prueba fehaciente en contrario. «Ahora bien, tal como viene manifestando este Tribunal con reiteración en diversas Sentencias en la que ha sido parte la misma Administración demandada, este Control para que goce la referida presunción de veracidad ha de ser efectuado por funcionario, lo que en este caso no ocurre, según se desprende de lo actuado. (...) De conformidad con lo expuesto, examinado lo actuado en el expediente administrativo comprobamos que el control no se lleva a cabo por funcionarios, sino por empleados de una empresa contratista, folios 1 y ss. del Complemento de Expediente, con las consecuencias derivadas».

<sup>139</sup> Así, por ejemplo, el artículo 33 del Estatuto de la Agencia de Obra Pública declara que tendrán carácter administrativo los actos dictados por la Agencia en el ejercicio de potestades públicas y, en todo caso los siguientes: a) Los que dicte en relación con aquéllas de sus actividades de gestión del servicio público y de protección del dominio público y prestación de servicios que constituyan hechos imponibles de tributos. b) Los actos que impongan sanciones. c) Los actos de exacción y recaudación de ingresos de derecho público, de acuerdo con la normativa aplicable a los mismos. d) Los actos que obliguen a particulares con posibilidad de imponer su cumplimiento mediante ejecución forzosa. e) Los actos relativos a actividades de fomento.

empleado esté integrado en el proceso de formación de la voluntad de la entidad<sup>140</sup>.

Y en este sentido cabe situar a la más reciente doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Así, en primer lugar, cabe mencionar la STS-JA de 25 de mayo de 2009, sobre una encomienda a la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo, declaró lo siguiente:

El recurso se interpuso contra la Orden de 4 de septiembre de 2008 del Servicio Andaluz de Empleo por la que se formaliza el acuerdo de encomienda a la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo. Según el artículo 1 de la Orden impugnada el objeto de la encomienda es: “la gestión del seguimiento de las acciones formativas desarrolladas mediante contratos programas para la formación continua dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía dimanantes de la convocatoria aprobada por Orden de la Consejería de Empleo de 27 de julio de 2007.

«Entendemos que no se trata solo de tareas de ejecución material. Así, la comprobación de la entrega de material para que sea realmente eficaz ha de comportar la exigencia de documentación a la entidad que organice las actividades a los fines de comprobar si es necesario o no el material utilizado o adquirido. Y esa exigencia ha de concretarse en el ejercicio de unas potestades de naturaleza indudablemente administrativa. Pues de no ser así, qué poder de persuasión o de decisión, habría de tener la fundación.

Lo mismo cabe afirmar respecto a los controles de seguimiento. No puede tratarse esa tarea de un simple “pasar lista” para constatar presencias y ausencias. Ese control, indefectiblemente comportará el ejercicio de potestades eventualmente sancionadoras en lo material: retirando subvenciones o anulando la participación de personas.

En fin, la Verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante o la Verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea o realización del Plan y el la Comprobación del nivel de coherencia grado de entre lo solicitado, lo apro-

---

<sup>140</sup> Vid., con referencia al ordenamiento germano, M. BACIGALUPO SAGUESSE, «Reducción y laboralización de la función pública alemana en el marco del proceso de privatización de los servicios públicos en los años noventa», *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995, pp. 303-304.

bado y lo ejecutado, comportan igualmente, para que sean eficaces en sí mismos algún tipo de ejercicio de potestades administrativas. No entendemos que esa verificación pueda ser meramente testimonial, para que, comprobado el nivel de cumplimiento o incumplimiento las cosas sigan tal cual, sin consecuencias jurídicas. De ser así, la encomienda devendría en completamente inútil. Es sustancialmente necesario, por tanto, que esas tareas vayan acompañadas de unas potestades reales que hagan efectiva la comprobación y verificación realizadas. Todo ello con el fin, loable por otra parte, de que los fondos públicos sean destinados a las finalidades previstas y se disponga de ellos con la máxima eficiencia para los intereses generales. De otra forma no se entienden esas tareas».

«Y que esto ha de ser así se deduce de la memoria que obra en el expediente donde se refleja el protocolo de actuación de la fundación en esos casos. La anulación de actividades o de participantes solo pueden ser entendidas como ejercicio de potestades administrativas. Y si se tiene en cuenta que el personal de la fundación no forma parte de lo que llamamos ya empleados públicos, es claro que se vulnera el precepto antes citado (art. 9. 2) de la ley – 7/2007. En todo caso, se está encomendando el ejercicio de potestades administrativas para unas tareas que exceden del contenido legal que estas instituciones pueden tener».

En segundo lugar, es de destacar la STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 de febrero de 2011, también sobre encomienda a la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, en este caso de actividades de gestión del Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del sector de la construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía:

«La clasificación de documentos por fuerza conlleva una valoración que al tratarse de documentos administrativos comportará un ejercicio de potestades que va más allá de una actuación puramente material o técnica. Otra tarea reservada a la encomienda es la consistente en “tareas organizativas de los expedientes y la documentación que contienen”. Es igualmente obvio que la *organización de los expedientes* supone la aplicación de los principios contenidos en la ley 30/1992 en concreto en su Título VI. Las tareas organizativas implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo y que pueden comportar –normalmente así será– el ejercicio de potestades de este orden. No estamos tampoco ante una mera actividad material. En fin, las labores meramente administrativas referentes a la *tramitación de solicitudes* comporta establecer su orden de prelación, eventualmente su admisión o no, etc. Cuestiones que, como la anterior, están reguladas por la ley como propias del

procedimiento administrativo y que se rigen por principios de este orden y que, reiteramos, comportan el ejercicio de potestades administrativas».

«Las funciones que se encomiendan implican ejercicio de potestades administrativas. No son actividades de carácter material únicamente. Y si se tiene en cuenta que el personal de la fundación no forma parte de lo que llamamos ya empleados públicos, es claro que se vulnera el precepto antes citado (art. 9.2) de la ley 7/2007. En todo caso, se está encomendando el ejercicio de potestades administrativas para una tarea que exceden del contenido legal que esta institución puede tener».

Y, en tercer lugar, debe también mencionarse la reciente STSJ 13 de mayo de 2011 (recurso 404/2010, interpuesto por SAFJA). En este caso se recurre la Orden de la Consejería de Cultura de 16 de marzo de 2010, por la que se establecen las bases reguladoras de la convocatoria de concesión de subvenciones por la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales en el año 2010, para proyectos de investigación sobre la lectura en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Orden impugnada delegó la concesión de subvenciones de la Consejera de Cultura en la personal titular de la Dirección Gerencia de la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales. Pues bien, según el Tribunal la *actividad administrativa de fomento*:

«Su ejercicio requiere de potestades administrativas para tramitar y resolver el procedimiento y, en su caso, imponer sanciones y obtener el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. Es innegable la competencia de la Consejería para otorgar subvenciones, pero ésta no podía ser delegada en la EPGPC mediante una Orden que delega la concesión de subvenciones sin motivación, y en contra de los estatutos que no contemplan que la Agencia tenga atribuida la función de conceder subvenciones ni ejercer potestades administrativas».

«El personal de la EPGPC no es personal funcionario según sus estatutos y se rige por el derecho laboral, incluido el Director Gerente (art.15 estatutos, y art.70 Ley 9/2007). Sin embargo, la Orden impugnada, atribuye a éste personal laboral la *tramitación y resolución de los procedimientos de subvenciones* regulados por el derecho administrativo, que requieren del ejercicio de potestades públicas, contraviniendo el art.69.2 y 3 Ley 9/2007, y también el art. 9.2 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público. Debiéndose concluir nuevamente en la nulidad de la Orden por vulnerar normas de rango superior (art. 62.2 LRJ-PAC)».

Este criterio se inserta en la línea de otras sentencias indicadas más arri-

ba. Pero lo novedoso que presenta es que el Tribunal era plenamente consciente que la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales había sido ya transformada Agencia Pública Empresarial por 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<sup>141</sup>. Por lo demás, en la actualidad hay declaradas por los Tribunales en suspenso varias encomiendas hasta que no se decida su legalidad<sup>142</sup>.

Y, en todo caso, partiendo de la regla general de la preferencia del estatuto funcional, debe ser la Administración que pretenda su cobertura excepcional por parte de personal laboral la que ha de acreditar que el contenido del puesto permite esta excepción, y debe hacerlo mediante una descripción exhaustiva de las funciones que se desarrollen en cada puesto concreto<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> La sentencia es una clara advertencia a estas prácticas que continúan. Así, mediante acuerdo de 29 de marzo de 2011 la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia autorizó la encomienda a la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) de la gestión de los expedientes de ayudas asociados a la Orden de 15 de diciembre de 2010, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a corporaciones locales de Andalucía para la financiación de proyectos de mantenimiento de la red de centros de acceso público a internet “Guadalinfo” durante el periodo del 1 de enero de 2011 al 3 de diciembre de 2013.

<sup>142</sup> El auto del TSJ de 21-3-2011 reafirma la suspensión cautelar y la consiguiente paralización de la encomienda de gestión formalizada en la Resolución de 13 de noviembre de 2009 del Servicio Andaluz de Empleo (SAE). Concretamente, en dicha resolución el SAE encarga a la FAFPE la explotación de datos derivados de la Gestión de la Formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados. Añadiendo que el interés general “no se vería perturbado, puesto que las tareas de la encomienda están siendo desempeñadas por el personal funcionario” del SAE. En otra sentencia la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) ha acordado suspender de manera cautelar la resolución de 27 de febrero de 2009 por la que se encomienda a Sadesi, sociedad mercantil adscrita a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, la operación y soporte de sistemas de gestión empresarial implantado en la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo de la Consejería de Presidencia. Para el sindicato recurrente afirma que “la atribución de potestades públicas al personal de la mercantil sería contraria a Ley y supone el reflejo de la huida del Derecho Administrativo que está experimentando la Administración andaluza, variando de contenido las funciones y atribuciones de los funcionarios públicos”, añadiendo que el interés general “no se vería perturbado, puesto que las tareas de la encomienda están siendo desempeñadas por el personal funcionario” de Presidencia.

<sup>143</sup> STSJ Madrid 19 de febrero 2008, recurso 991/2004.

## V. CONCLUSIONES

Debido a la relativa (parcial e imperfecta) «republicación» del régimen jurídico de las entidades jurídico-privadas del sector público acaecida a lo largo de la segunda mitad de la pasada década, estas entidades están sujetas en parte a las facultades «en menos» propias del Derecho Público (caso del régimen de contratación pública) sin poder en cambio ejercer potestades públicas (facultades «en más»). De este modo, este tipo de entidades jurídico-privadas ha perdido buena parte de interés para los gestores públicos y, desde luego, estas entidades no pueden asumir en su globalidad la actividad propia de la Administración de una Comunidad Autónoma.

Por ello el legislador andaluz ha optado, mediante la Ley 1/2011, por reintegrar a buena parte de dichas entidades del sector público andaluz bajo la cobertura de entidades jurídico-públicas (las llamadas agencias públicas empresariales y, en menor medida, las agencias de régimen especial). Aun cuando pudiera pensarse que mediante esta medida se lleva a cabo una «re-conquista» del Estado de Derecho, lo cierto es que se trata de tejer un traje *ad hoc*, que aúne las ventajas de la vestidura de Entidad jurídico-pública (de ser poder público), pero tratando de evitar sus inconvenientes (mediante la sujeción del Derecho Privado). Pero, además, en cierto modo, la Junta de Andalucía se comporta como ese padre bondadoso que acoge a sus hijos pródigos cuando vienen mal dadas.

Sin embargo, se plantea si esta sucesión de «empresas» (pues éste es el mecanismo aducido) ¿permite convertir a estos colectivos de empleados procedentes del sector público, seleccionados en ocasiones bajo procedimientos ignotos (pues no se conserva documentación al respecto) en «empleados públicos»? A este respecto, se ha defendido que podrán conservar la categoría –eventual o indefinida– que tenían en la entidad de procedencia, pero lo que no procede es su conversión automática en personal laboral «fijo», pues ésta es una categoría exclusiva del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, con las consecuencias que ello supone.

Pero, además, en la Ley 1/2001 y, sobre todo, en los Estatutos de las Agencias aprobados, aparece el designio a medio plazo de «descentralizar» funcionalmente en dichas agencias buena parte de la actividad que desarrolla en la actualidad la Administración (General) de la Junta de Andalucía. Este proceso de «agencialización», ya sugerido años atrás al Gobierno andaluz en plena época de bonanza económica, no puede reputarse contrario al Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007, el cual no petrifica un modelo organizativo

más allá de las directrices finalistas contenidas en el mismo. Cuestión distinta es la valoración del tipo de agencia elegido por el legislador autonómico.

En efecto, mientras la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, estableció un modelo de Administración Institucional inspirado tanto en la LOFAGE (agencias administrativas y agencias públicas empresariales) como en la Ley 28/2006 de Agencias Estatales (agencias de régimen especial, con un clara apuesta por éstas), la Ley 1/2001 crea una nueva categoría de agencia pública empresarial [las del artículo 68.1.b)], que puede ser empleada para cualquier actividad, incluidas las propias de la agencias administrativas y de las agencias de régimen especial.

De entrada, al igual que sucedía con la noción de «empresa de la Junta de Andalucía» existente en el artículo 6 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, y superada por la LAJA, la noción de agencia pública empresarial también se disgrega a partir de la Ley 1/2011 en dos modelos bien diversos, lo que supone generar confusión e incertidumbre. De otro lado, si ya era artificial la distinción de tres categorías de agencias establecida por la LAJA, la adición de un cuarto género eleva aún más este artificio.

En general, consideramos que deben relativizarse las declaraciones del legislador autonómico acerca del sometimiento a Derecho Privado de una entidad pública, pues la Constitución –arts. 103, 105, 106– anuda la noción de Administración Pública a un régimen inequívocamente jurídico-público. Por tanto, la sujeción al Derecho Público o Privado de la Administración no depende tanto del voluntarismo (a veces travestismo) del legislador organizativo como de la materia de que se trata a juicio del intérprete.

Sobre las agencias públicas empresariales del artículo 68.1.a), dados sus fines y configuración, debería explicitarse en la LAJA que no ejercerán en ningún caso potestades administrativas ni recibirán encomiendas de gestión que impliquen, directa o indirectamente, el ejercicio de dichas potestades.

Por su parte, las agencias públicas empresariales del artículo 68.1.b) suponen una arbitrariedad del legislador autonómico, pues sus fines coinciden con los de las agencias administrativas y las agencias de régimen especial. Estas agencias, por sus fines, competencias y financiación, forman parte del núcleo del sector público administrativo y, aparentemente, su única razón de ser no es otra que eludir el estatuto funcional, lo cual estimamos contrario a la doctrina constitucional sobre preferencia del régimen funcional. Asimismo, asignar a estas agencias públicas empresariales el ejercicio (además, ordinario)

de actividades administrativas es justamente lo que el propio legislador autonómico prohíbe a las Administraciones Locales de su territorio (Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía).

De otro lado, la técnica de la disociación de la dependencia orgánica y funcional de los funcionarios públicos se ha empleado tradicionalmente dentro de una misma Administración Pública y para mantener una cierta vinculación funcional con un órgano diferente al cual se adscribe orgánicamente la unidad de que se trate y en el que efectivamente presta sus servicios el funcionario. Por el contrario, en la doble dependencia que establece la Ley 1/2011, además del salto de una Administración (la Administración General de la Junta de Andalucía) a otra (la Agencia pública empresarial de que se trate), que podría admitirse por tratarse de una Ley, se produce una situación inversa: la unidad o puesto de trabajo de *facto* se adscribe a la Agencia. Es decir, el funcionario afectado por esta «adscripción funcional», en realidad, pasa a desempeñar sus funciones en la Agencia. En nuestra opinión, esta doble dependencia se trata de un artificio que suscita una innegable incertidumbre sobre la situación de los funcionarios afectados. Bastaría con suprimir el modelo de agencia pública empresarial del artículo 68.1.b), y transformar las entidades existentes en agencias administrativas o, en su caso, de régimen especial, adscribiendo el personal funcionario que sea preciso, tal como se viene efectuando en las agencias de régimen especial.

Finalmente, la Ley 1/2011 ha puesto sobre el tapete la eterna discusión sobre la definición material de las funciones públicas, relegada durante varios lustros de predominio de la teoría personalista de la Administración Pública. Y en este caso, con la finalidad de determinar el alcance de la reserva funcional al estatuto funcional que impone el EBEP, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía está adoptando una actitud acertada, al desenmascarar aparentes tareas de mera ejecución material como actuaciones que comportan la participación en el ejercicio de potestades administrativas.



# Luces y sombras del arbitraje institucional en la Administración General del Estado\*

*Marta García Pérez*

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de A Coruña

**SUMARIO:** I. CUESTIONES PREVIAS. II. ¿ARBITRAJE INSTITUCIONAL? III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TÉCNICA PREVISTA EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA DE LA LEY 11/2011. IV. ÁMBITO SUBJETIVO. V. ÁMBITO OBJETIVO. VI. LA COMISIÓN DELEGADA. VII. REFLEXIÓN FINAL.

## RESUMEN

El presente trabajo analiza la disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que introduce un procedimiento de resolución de las controversias surgidas entre la Administración pública y sus entes instrumentales. La regulación adolece de vicios formales y de fondo que pueden dificultar su aplicación. Unos y otros son estudiados a la luz de la jurisprudencia y la doctrina.

## Palabras clave:

Administración pública, entes instrumentales, resolución arbitral de conflictos.

## ABSTRACT

This research analyzes the provision of Law 11/2011, of May 20, which introduces a procedure for resolution of disputes between public administration and its public agencies. The regulation is defective and those defects can hinder its implementation. All these questions are studied in the light of the jurisprudence and doctrine.

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación fundamental no orientada “El Derecho Administrativo bajo el prisma del principio de buena Administración”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional I+D+i 2008-2011 (ref.: DER2010-18993).

Keywords:

Public administration, public agencies, alternative dispute resolution.

## I. CUESTIONES PREVIAS

El Boletín Oficial del Estado de 21 de mayo de 2011 publica la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

Como indica el propio título de la Ley, su objeto es doble: en primer lugar, se modifica la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; en segundo lugar, se regula un cauce procedimental para resolver los conflictos internos entre la Administración del Estado y sus entes instrumentales. Al primero se dedica el artículo único de la Ley, que se salda con diez artículos modificados y dos de nueva creación<sup>1</sup>. Al segundo objeto se dedica la disposición adicional única de la Ley, a la que nos referiremos extensamente en las páginas siguientes. Completa la reforma una disposición final que contiene, además de la referencia a los títulos competenciales al amparo de los que se ha dictado la norma y a su entrada en vigor<sup>2</sup>, la modificación de diversas leyes afectadas<sup>3</sup>.

Bajo el título “Controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos”, la disposición adicional única de la Ley 11/2011 establece un procedimiento específico para resolver los conflictos internos “relevantes” que se susciten entre la Administración General del Estado y sus entes instrumentales, “sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias” (apartado 1). A tal fin se crea una “Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas” (apartado 3), que dictará una resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá aportar para solucionar el conflicto o controversia planteados. Dicha resolución no

---

<sup>1</sup> Se modifican los artículos 8, 11, 14, 15, 17, 28, 37, 39, 42 y 43 de la Ley 60/2003. Se añaden los artículos 11 bis (arbitraje estatutario) y 11 ter (anulación por laudo de los acuerdos societarios inscribibles) a la Ley 60/2003 (disposición final tercera).

<sup>2</sup> Disposición final cuarta y quinta.

<sup>3</sup> Artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (disposición final primera), artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (disposición final segunda) y artículos 8.4 y 52.1 de la Ley Concursal 22/2003. (disposición final tercera).

será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto (apartado 5)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> “Disposición adicional única. Controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus Organismos públicos.

1. Las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los Organismos públicos regulados en el Título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social u otras Entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente, o entre dos o más de estos Entes, se resolverán por el procedimiento previsto en este precepto, sin que pueda acudirse a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias.

Este procedimiento será, asimismo, aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los Organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias.

2. A los efectos de esta disposición, se entenderán por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público.

3. Planteada una controversia, las partes enfrentadas la pondrán, de forma inmediata, en conocimiento de la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas. Dicha Comisión estará presidida por el Ministro de la Presidencia y tendrán la consideración de vocales natos el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia, correspondiendo también a éste designar dentro de su ámbito al órgano que ejerza la secretaría de la Comisión. Se integrarán en la Comisión el Ministro o Ministros de los Departamentos afectados por la controversia, en los términos que se determine reglamentariamente.

4. Dicha Comisión Delegada recabará los informes técnicos y jurídicos que estime necesarios para el mejor conocimiento de la cuestión debatida. Por la secretaría de dicha Comisión se elaborarán las propuestas de decisión oportunas.

5. La Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas dictará resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá adoptar para solucionar el conflicto o controversia planteados. La resolución de la Comisión Delegada no será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto.

6. Este procedimiento de resolución de controversias no se aplicará:

a) A cuestiones de naturaleza penal, pero sí a las relativas al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delitos o faltas.

b) A cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, sujetas a la legislación específica reguladora de éste.

c) A conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración pública, que se regularán por sus disposiciones específicas.

La técnica contenida en la Ley no es improvisada. La idea de resolver extrajudicialmente los conflictos que puedan surgir entre la Administración y sus entes instrumentales había cundido ya entre un cierto sector doctrinal y, sobre todo, por razones obvias de directa implicación, en algunos estudios jurídicos promovidos desde la Abogacía del Estado. En el año 1999, en una publicación colectiva liderada por Abogados del Estado sobre *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas*<sup>5</sup> se trataba singularmente el arbitraje como medio de solución de controversias en las que fuese parte la Administración Pública. Particularmente, en referencia a los conflictos que opusiesen a una Administración con sus organismos públicos, o a éstos entre sí, se valoraba la posibilidad de que fuesen “resueltos en el mismo ámbito organizativo que les sirve de amparo, sin que deban llegar a formalizarse litigios ante los tribunales”. Se concluía entonces que era necesario “articular un medio de solución extrajudicial de este tipo de conflictos que deben resolverse dentro de la propia organización”<sup>6</sup>. De

---

d) A las cuestiones derivadas de las actuaciones de control efectuadas por la Intervención General de la Administración del Estado, reguladas con carácter específico en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y demás normas de desarrollo de las mismas”.

<sup>5</sup> Coordinada por M. PIZARRO MORENO, J.J. TORRES FERNÁNDEZ y J.I. MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, Ed. Aranzadi, 1999. La autoría del capítulo “El arbitraje como medio de solución de controversias cuando son parte las Administraciones Públicas, convenios de colaboración y otras fórmulas” corresponde a T. GONZÁLEZ CUETO, págs. 473 y ss.

<sup>6</sup> T. GONZÁLEZ CUETO hace referencia en su análisis al artículo 5 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, por la que se regula el régimen de la asistencia jurídica del Estado e Instituciones públicas, titulado “Contraposición de intereses”, para destacar que la regulación vigente es insuficiente aun cuando apunte la posibilidad de soluciones extrajudiciales. Y añade, para terminar: “Es cierto que con arreglo a la normativa vigente resulta difícil ir más allá. Ahora bien, también es de esperar que dicho precepto pueda quedar superado próximamente”. Dice el artículo 5 de la Ley 52/1997: “En los supuestos en que, ante cualesquiera órdenes jurisdiccionales, litigasen entre sí u ostentasen intereses contrapuestos las Administraciones u Organismos públicos cuya representación legal o convencional ostente el Abogado del Estado, se observarán las siguientes reglas: a) Se atenderá, en primer lugar, a lo dispuesto en la normativa especial o en las cláusulas convencionales reguladoras de la asistencia jurídica a la entidad o entidades públicas empresariales u Organismo público regulado por su normativa específica de que se trate. b) En caso de silencio de la norma o convenio, la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, antes de evacuar el primer trámite procesal, y en atención a la naturaleza de los intereses en conflicto, expondrá a las Administraciones, entidades u Organismos litigantes su criterio tanto en cuanto a la *eventual solución extrajudicial del litigio, de ser ésta posible*, como, en su defecto, a la postulación que debiera asumir el Abogado del Estado, evitando en todo caso las situaciones de indefensión. Hayan o no manifestado su opinión las partes, con el informe previo de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, el titular del Departamento del que ésta dependa resolverá en definitiva lo procedente en cuanto a la postulación a asumir por el Abogado del Estado” (precepto desarrollado por artículo 10 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio).

hecho, la Dirección general del Servicio Jurídico del Estado había llegado a elaborar un borrador de norma para dar solución a lo que se consideraba una laguna del ordenamiento jurídico, proponiendo un procedimiento que recuerda al que ahora se aprueba<sup>7</sup>.

Estas reflexiones son deudoras de una jurisprudencia que, durante la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, había interpretado extensivamente la prohibición de interponer recurso contencioso-administrativo a los *órganos* de una entidad pública en relación con actos o disposiciones de la misma (artículo 28.4.a). El Tribunal Supremo superó las limitaciones impuestas por el tenor literal del precepto y asimiló a los *órganos* de la Administración aquellos entes no integrados en su estructura orgánica de cuya normativa se derivase una “relación de jerarquía o estructura jerárquica”<sup>8</sup>. Se concluyó, a estos efectos, que la personalidad jurídica que los estatutos o normas de creación reconocían a estos entes “subordinados” operaba *ad extra*, pero no respecto de la organización a la que pertenecían, en cuyo caso actuaban en un plano “jerárquicamente subordinado” y frente a la cual resultaba incompatible el ejercicio de acciones contenciosas<sup>9</sup>. La invocación de la relación de jerarquía entre Administración y entes “subordinados” dejó paso a otras explicaciones más adecuadas a la autonomía y personalidad jurídica reconocida a estos entes, pero la consecuencia —prohibición de accionar— no varió un ápice. Así, el Tribunal Supremo reconoció la diferencia entre el “principio de la jerarquía en la organización administrativa” y la “tutela”, que “se realiza entre entes y sujetos jurídicos diferentes, controlando por vías o mecanismos más o menos directos la actividad desplegada por el organismo sometido a tutela”<sup>10</sup>, para concluir, en de-

---

<sup>7</sup> En aquel borrador se proponía que si el conflicto se planteaba en el ámbito de un Departamento ministerial la competencia para resolverlo correspondía al Ministro, previa fijación de posiciones por los *órganos* o entidades en conflicto, debiendo informar la Abogacía del Estado ministerial o la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Si el conflicto excedía del ámbito de un Ministerio, se arbitrabá un procedimiento en el que se daría oportunidad a los implicados de modificar su actuación y, de persistir el conflicto, previo informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado y el Dictamen del Consejo de Estado, resolvía la controversia el Consejo de Ministros.

<sup>8</sup> STS de 3 de abril de 1995 (RJ 1995/2843).

<sup>9</sup> STS de 26 de julio de 1996 (RJ 1996/5720). Vid. en relación con esta sentencia el ATC 4/1998, de 12 de enero, que inadmite una demanda de amparo interpuesta contra la misma (RTC 1998/4 AUTO).

<sup>10</sup> STS de 10 de junio de 1981 (RJ 1981/2941).

finitiva, que también en estos casos de entes tutelados debía aplicarse la regla prohibitiva de la acción del artículo 28.4.a) LJCA<sup>11</sup>.

En todos estos casos, se imponía buscar acomodo jurídico a una realidad palmaria: junto a la Administración, otros entes de forma variada y naturaleza jurídica diversa tenían a su cargo “la prestación de determinados servicios públicos estatales o el ejercicio de actividades de cualquier clase que coadyuven a su realización” (artículo 1 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, de Entidades Estatales Autónomas), a los que se sumaban las corporaciones de Derecho público constituidas para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros pero que también atendían a finalidades de interés público<sup>12</sup>. En clave procesal, la amalgama de entes “descentralizados” se toparon en el contencioso con la regla prohibitiva del artículo 28.4.a) LJCA, que se utilizó en el caso de los colegios profesionales frente a actos de su Consejo General<sup>13</sup>, las Juntas de Jueces respecto a las decisiones del Consejo General del Poder Judicial<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Con algunas matizaciones significativas. Por ejemplo, la STS de 17 de abril de 1996 (RJ 1996/3564), en la que se revoca una sentencia de la Audiencia Nacional que había declarado inadmisibile el recurso planteado por una federación territorial de fútbol contra el Comité Español de Disciplina Deportiva: “La sentencia debe ser revocada, pues la referida causa de inadmisibilidad no se produce, habida cuenta de que, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 mayo 1985 (RTC 1985/67), “las Federaciones se configuran como instituciones privadas, que reúnen a deportistas y asociaciones dedicadas a la práctica de una misma modalidad deportiva”. Tal naturaleza impide atribuirles la configuración de órganos de la Administración, pese a que, en cierta medida, desarrollen funciones públicas de carácter administrativo como es el caso de servir de vía para canalizar la asignación de subvenciones, fuera de cuyos campos actúan con plena autonomía; pudiendo recurrir las decisiones de la Administración si son contrarias a sus intereses deportivos al darse el presupuesto legitimador del artículo 28.1, a) de la indicada Ley”.

<sup>12</sup> STC 76/1983, de 5 de agosto.

<sup>13</sup> Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de 3 de abril de 1995 (RJ 1995/2843), relativa a la impugnación de un Colegio de Abogados de un acto del Consejo General de la Abogacía Española: “El artículo 28.4.a) de la Ley de la Jurisdicción prohíbe interponer recurso contencioso-administrativo en relación con los actos y disposiciones de una Entidad pública a “los órganos de la misma...”. (...) En este sentido es cierto que los Colegios de Abogados tienen propia personalidad jurídica, independiente de la del Consejo General ... no puede por menos de reconocerse que entre el Consejo General de la Abogacía Española y los Colegios de Abogados de ámbito provincial existe una relación o estructura jerárquica ... los Colegios de Abogados de ámbito provincial no pueden recurrir en vía contencioso-administrativa los actos del Consejo General de la Abogacía Española, en virtud de la prohibición de accionar que a los órganos de un Ente público impone el artículo 28.4.a) de la Ley de la Jurisdicción, por constituir órganos inferiores al repetido Consejo General, carentes a estos efectos de personalidad, pues ésta opera “ad extra”, pero no en el interior de la Organización colegial, a cuya voluntad única es imputable su actuación en el caso concreto que enjuiciamos”.

o los organismos autónomos respecto a la Administración de la que dependían<sup>15</sup>. En algunas ocasiones, los fallos contradictorios ponían de manifiesto la artificialidad de las tesis jurisprudenciales o las dificultades que suponía generalizar la regla del artículo 28.4.a) a entes tan diversos. Así, por ejemplo, el propio Tribunal Supremo dictó sentencias contrarias pero muy próximas en el tiempo respecto a las Universidades cuando pretendían reaccionar contra actos o disposiciones del Ministerio de Educación y Ciencia, aplicando unas veces la regla prohibitiva del artículo 28.4.a) LJCA<sup>16</sup> y eludiendo otras veces su aplicación<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> STS de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997/9648).

<sup>15</sup> La STS de 30 de octubre de 1982 (RJ 1982/5825) resume la tesis jurisprudencial mayoritaria sostenida respecto a la prohibición dirigida a los organismos autónomos de impugnar actos y disposiciones de la Administración de la que dependen: “si bien las normas reguladoras del referido Organismo Autónomo le reconocen personalidad jurídica distinta de la del Estado, ese reconocimiento está hecho a efectos de sus relaciones externas pero, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de 26 diciembre 1958 citada, en su párrafo 2.º, el reconocimiento de una personalidad jurídica distinta no supone que se trate de persona jurídica independiente del Estado; lo que coordinado con las demás normas concordantes, lleva a estimar que este Organismo integra con los demás órganos administrativos y concretamente con el Ministerio de Defensa, al que está adscrito o vinculado expresamente, la personalidad jurídica única de la Administración del Estado y no puede plantear acciones jurisdiccionales contra tal Administración del Estado, pues ello entraña que ésta se demanda a sí misma, contra lo que el citado art. 28.4.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción dispone”.

<sup>16</sup> Es representativa de esta jurisprudencia la STS de 20 de enero de 1984 (RJ 1984/185), en la que se resume la doctrina aplicable: “la serena ponderación de cuanto se deja sentado y su valoración racional, conduce necesariamente a estimar que dado el régimen jurídico, organizativo y financiero de la entidad demandante que resulta de todo lo expuesto, se le ha de calificar a los efectos de que se trata de *órgano de la Administración del Estado y para lo que no es óbice el hecho de la reconocida personalidad jurídica de que disfruta*, ya que, de una parte, esa condición juega con plenitud de efectos sólo en sus relaciones externas o con terceros y limitadamente en cambio frente a la Administración estatal a la que está adscrito y de otra, ello no implica desvinculación e independencia absoluta del Estado, sino que por el contrario de las normas legales examinadas resulta patente una vinculación y una dependencia de la Administración General, a la que aparece sometida a través del mecanismo jurídico de la tutela; por otra parte, refuerza la tesis unitaria sustentada como fruto de los argumentos aducidos, la consideración de que la inteligencia lógica jurídica del art. 28 de que se trata, fuerza a concluir con el juicio valorativo de que “los órganos de la entidad pública” mencionados en la regla del apartado a) del párr. 4 de aquél, necesariamente habrán de ser los que por tener personalidad jurídica propia podrían estar legitimados para demandar, de no existir esta norma prohibitiva y nunca cabrá pensar que se dictó para los organismos integrados en la organización jerárquica de la Administración, puesto que su carencia de personalidad propia individualizada les priva de toda capacidad procesal y su vano intento encontraría siempre cerrado el paso por la regla del art. 27 de la Ley reguladora de la jurisdicción”.

<sup>17</sup> En contraste con la tesis sostenida en la sentencia citada en la nota anterior, la STS de 10 de febrero de 1983 (RJ 1983/6022) llega a la conclusión contraria a partir de la fórmula de la

La aprobación de la Constitución de 1978 dio un nuevo impulso a la administración instrumental y reforzó las tesis que reunían a todos sus entes bajo el paraguas de los intereses generales. En efecto, los intereses generales permitieron unificar los diferentes entes que los sirven y en cuyo servicio encuentran su justificación, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten y el régimen jurídico a que se sometan. Al fin y al cabo, el artículo 103.1 de la Constitución dispone el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, pero no necesariamente al Derecho público. La forma jurídica pierde, pues, relevancia; que se adopte una u otra forma jurídica, o uno u otro régimen jurídico se justifica en virtud del principio de eficacia y corresponderá a los tribunales “levantar el velo” para determinar el tipo de relación existente en cada caso concreto entre los protagonistas de la controversia<sup>18</sup>.

De modo explícito, la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 recoge por fin que “no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública”, además de los órganos de la misma (apartado a del artículo 20), “las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan”, exceptuándose aquellos casos en que “por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración” (apartado c).

Esta regulación superaba, por fin, la artificiosidad de las teorías jurisprudenciales que habían tratado de encajar a la Administración instrumental en el concepto de “órganos” del predecesor artículo 28.4.a) LJCA de 1956<sup>19</sup>. Pe-

---

personalidad jurídica: “Que antes de entrar en dicho análisis ha de efectuarse el de la inadmisibilidad opuesta al amparo del art. 28 de la Ley Jurisdiccional, por entenderse que la entidad recurrente es un *órgano* del Ministerio de Educación y Ciencia y por ello le está vedado la interposición de recurso contencioso-administrativo, porque es incierto ya que *no es órgano del Ministerio sino Entidad Estatal Autónoma que se beneficia del régimen para las mismas establecido en la Ley de 26 diciembre y por consiguiente goza de personalidad propia incluso frente al Estado y está legitimada para la interposición del recurso conforme al art. 28. 1 b)* con su propia representación cual dispone el art. 35.1 por todo lo que decae la inadmisibilidad postulada del art. 82. b), no siendo relevantes, todos y cada uno de los supuestos defectos de los órganos de la Universidad en relación con su propio Estatuto y en este orden de la falta de personalidad para recurrir” (Fundamento Jurídico 2º de la sentencia apelada, confirmado por el TS).

<sup>18</sup> Vid. un desarrollo de esta tesis en el trabajo de J. L. MEILÁN GIL, “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica”, en la obra colectiva *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Cívitas, Madrid, 1994, págs.971 y ss.

<sup>19</sup> Todavía quedan resquicios de aquella jurisprudencia. Es el caso del uso frecuente de la *prohibición de impugnación de actos propios* para fundamentar el artículo 20 c) LJCA Vid. S. GONZÁ-



ro no evitó que se planteasen algunas consideraciones relevantes, en buena medida todavía abiertas, que deberán ser tenidas en cuenta para valorar adecuadamente el alcance y el acierto de la regulación del “arbitraje institucional” contenido en la Ley 11/2011.

En primer lugar, no ha existido una opinión común respecto a la naturaleza jurídica de las reglas contenidas en el artículo 20 LJCA. En los extremos de la dialéctica se posicionan quienes consideran que este artículo contiene un supuesto de falta de legitimación<sup>20</sup> y los que reconocen que se trata simplemente de una prohibición legal de accionar<sup>21</sup>; la tesis más pragmática sostiene que la disquisición es en la práctica irrelevante<sup>22</sup>.

---

LEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tecnos, 1999, pág. 212 y ss. La explicación se entiende perfectamente en el contexto de la LJCA de 1956 porque, como se expuso, permitía extender la prohibición de accionar dirigida a los órganos de la Administración hacia otras entidades que no se integraban en el complejo orgánico de la misma. En el panorama postconstitucional, la prohibición debe encontrar su justificación en la *unidad de fines* y en la común tarea de consecución del interés general a la que sirven todos los entes, Administraciones públicas y personas jurídicas creadas instrumentalmente para ello.

<sup>20</sup> Vid. la posición mantenida por J. GARBERÍ LLOBREGAT en la obra colectiva *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pág. 233, para quien “el ubicar sistemáticamente los supuestos del artículo 20 LJCA en el Capítulo dedicado a la legitimación –tal y como también acontecía en la LJCA de 1956–, resulta ser un verdadero acierto del legislador, pese a que lamentablemente no lo sea su concreta redacción, en el cual, en lugar de afirmarse que dichas personas y órganos *no estarán legitimados activamente* para promover el proceso administrativo cuando concurren las condiciones que el precepto reseña, se establece, por el contrario y muy defectuosamente, que los mismos *no podrán interponer recurso contencioso-administrativo* contra la actividad de una Administración Pública”.

<sup>21</sup> Vid. la exposición de J. GONZÁLEZ PÉREZ en sus *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Ed. Thomson-Cívitas, 6ª edición, 2011, pág. 314, en la que el autor cita a DE CASTRO para recordar que una prohibición consiste en la “inhabilitación para realizar ciertos actos en general o respecto de ciertas personas, impuestas por un veto legal”. En el mismo sentido se pronuncia E. PUJALTE CLARIANA en la obra colectiva *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, dirigida por M. BAENA DEL ALCÁZAR, Ed. Trivium, 1ª ed., 1999, pág. 187.

<sup>22</sup> Vid. el razonamiento de J.A. SANTAMARÍA PASTOR, en su obra *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, Ed. Iustel, 2010, pág. 253: “La finalidad de la norma es evidente: los procesos incoados por las personas y entidades mencionados en este artículo deben reputarse inadmisibles; que el fundamento de su inadmisibilidad radique en la falta de capacidad procesal, en la de legitimación o en una simple prohibición legal es, en la práctica, irrelevante; lo que interesa es examinar el contenido de estos supuestos de exclusión del recurso”.

La jurisprudencia también se ha mostrado titubeante, aunque ha declarado de modo general el carácter prohibitivo del precepto, por encima de consideraciones relativas a la falta de legitimación que podrían resultar contrarias al artículo 24.1 de la Constitución española<sup>23</sup>.

En segundo lugar, resulta esencial examinar el alcance y la extensión de tal prohibición. El enunciado básico en este punto es el siguiente: la prohibición estudiada debe limitarse a los actos dictados por la Administración matriz en el ejercicio de las funciones de tutela, control y dirección del organismo dependiente o vinculado<sup>24</sup>. Es decir, el umbral de aplicación del artículo 20.c) es estrictamente el de la llamada *relación de instrumentalidad*.

En palabras de MUÑOZ MACHADO<sup>25</sup>, es éste un concepto de raíz doctrinal, y asumido muy fuertemente por la jurisprudencia, que no siempre tiene

---

<sup>23</sup> Vid. por todas la STS de 12 de marzo de 1997, referida al derogado artículo 28.4.a) de la LJCA de 1956 pero ilustrativa de la doctrina general que ha llegado a nuestros días: “... este Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 marzo 1988 (RJ 1988/1997), estableció que el apartado a) del artículo 28.4 de la Ley de esta Jurisdicción, “no priva de legitimación a ningún órgano de carácter público, sino que, dándola por existente, les prohíbe que la ejerciten para impugnar actos o disposiciones administrativas incardinadas en la misma materia o tema de común, aunque diferenciada, competencia jerárquica”. Siguiendo la doctrina de la indicada Sentencia, esta misma Sala y Sección en la de 14 mayo 1994 (RJ 1993/3946) ha declarado “que el artículo 28.4, en sus dos apartados, más que negar propiamente legitimación activa a los órganos de un Ente público o a los particulares que actúan a título de agentes o mandatarios del mismo, negativa que hoy, tras la ampliación del ámbito de la legitimación operada por el artículo 24 de la Constitución, no se acomodaría a ésta ni al derecho de “todas las personas”, incluidas las jurídico-públicas, a una efectiva tutela jurisdiccional que dicha norma garantiza, dicho precepto, decimos, lo que en rigor establece, siguiendo el viejo precedente del artículo 7.º del Reglamento para la ejecución de la Ley 22 junio 1894 (que con ligeros retoques de redacción ha llegado hasta nuestros días), es el principio que prohíbe accionar frente a actos propios, partiendo de que en el supuesto de Administraciones o Entes Públicos la voluntad y la decisión administrativa es imputable al Ente como tal, no a sus órganos, y que manifestada aquélla a través del acto que agota la vía administrativa, los órganos inferiores, aunque discrepen del parecer de quien emitió el acto que puso fin a dicha vía, no pueden residenciar tal discrepancia en sede contenciosa, al integrar también la misma persona o Ente público”.

<sup>24</sup> Vid. RIVERO GONZÁLEZ, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 295; ROCA ROCA, E. (Dir.), *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Tecnos, 2005, pág. 128; y GONZÁLEZ RIVAS, J.J. y ARANGUREN PÉREZ, I., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Thomson-Cívitas, 1ª ed., 2006, pág. 262 y ss.

<sup>25</sup> Vid. de este autor su *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, Iustel, 1ª ed., 2009, pág. 765 y ss.

una significación igual, sino variable según el organismo o entidad al que se aplique, pero que siempre moviliza o supone la utilización de diversas técnicas. En primer lugar, los entes y organismos públicos instrumentales se crean para gestionar servicios o responsabilidades que tienen asignados las Administraciones públicas. Se rigen, en consecuencia, por el criterio de la especialidad; no tienen competencias generales sino las que le son asignadas para atender las tareas concretas que se les encomiendan. En segundo lugar, además de los condicionamientos y límites a su actividad que fijan las normas que los crean, atribuyen éstas a la Administración matriz competencias para la designación y control de sus órganos de gobierno, así como la facultad de supervisar su actividad, sometiendo a su aprobación sus planes y programas de actuación, o habilitando la posibilidad de formular directrices o instrucciones. En tercer lugar, existe asimismo una completa comunicación patrimonial y financiera entre la entidad matriz y la instrumental, de modo que aquélla provee a ésta de los recursos y medios económicos que precise para el desarrollo de sus responsabilidades<sup>26</sup>.

Pues bien, las desavenencias derivadas de la relación de instrumentalidad no deben ventilarse por parte de la Administración matriz y los entes instrumentales en el contencioso. Prevalece en estos casos el poder de dirección que se reconoce a la Administración sobre sus entes instrumentales<sup>27</sup> y se le reco-

---

<sup>26</sup> Cfr. *op. cit.*, pág. 772. Señala el autor que este esquema general se matiza dependiendo del tipo de organismo de que se trate, por lo que debe analizarse cada caso concreto: “Existen algunas entidades públicas en las que el grado de autonomía e independencia respecto de la Administración general es tan señalado que se dota a los titulares de los órganos de gobierno de un estatuto de estabilidad, de modo que no dependa su mantenimiento de las decisiones políticas del Gobierno. Otras veces esa misma autonomía o independencia explica que la actividad de las entidades no pueda ser instruida o mediatizada mediante directrices de la Administración general. Y, en fin, también la revisión de los actos y decisiones de algunos establecimientos, o su régimen presupuestario y financiero, tienen una menor dependencia de decisiones finales de la Administración en cuyo ámbito organizativo o funcional se integran. Las aportaciones de recursos económicos también están condicionadas por las exigencias de la libre competencia en el mercado, si se trata de entidades que desarrollan actividades mercantiles”.

<sup>27</sup> Vid. extensamente un análisis de la relación entre la Administración gubernativa y la instrumental en la obra de M. MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, 2000, pág. 65 y ss. Vid. la Sentencia de 7 de febrero de 1994 (RJ 1994/1008) respecto a la relación entre un Ayuntamiento y una Gerencia de Urbanismo: “1. El fin o servicio en función del cual y para cuya gestión la Gerencia Municipal de Urbanismo fue creada es un afín o servicio propio del Ayuntamiento; en este sentido, la Gerencia en cuanto ente institucional no tiene fines propios, sino que actúa directamente los fines de sus fundadores, el Ayuntamiento. 2. Entre los dos, ente instrumental y fundador, Gerencia y Ayuntamiento, forman un

nocerá, consecuentemente, a aquélla la capacidad para resolver las controversias unilateralmente y sin ulterior recurso; pesa sobre los entes instrumentales, correlativamente, la prohibición de accionar a la que nos estamos refiriendo en estas páginas.

Es obvio que puede hacerse una afirmación de signo contrario a la expuesta: no existirá la aludida prohibición de accionar cuando las controversias surgidas entre la Administración pública y sus entes instrumentales no se enmarquen en la relación de instrumentalidad. Esta situación es reconocida mayoritariamente por la doctrina en dos supuestos: a) cuando las entidades instrumentales actúan como sujetos de Derecho con personalidad jurídica propia, realizando fines ajenos a los de interés general que se le han encomendado; y b) cuando la Administración pública actúa en ejercicio de potestades generales que le atribuye el ordenamiento jurídico, en el ejercicio de relaciones de supremacía general. Cuestión distinta será si el proceso judicial es la vía más coherente para resolver este tipo de contiendas, pero el proceso no está en estos casos vetado a las partes contendientes.

En tercer lugar, la referencia contenida en el artículo 20.c) LJCA a las “entidades de Derecho público” que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales es, desde luego, muy limitada si la pretensión es, de modo abstracto, evitar la judicialización de los conflictos que surjan entre las Administraciones públicas y sus entes instrumentales a propósito de la relación de instrumentalidad. De ahí que se haya propuesto o reclamado la ampliación de la prohibición a los entes instrumentales, en general, superando la limitación que hoy en día existe a las entidades constituidas bajo forma jurídico-pública, salvando exclusivamente de la prohibición –como ya se hace en la redacción vigente– a los entes “a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía” respecto de la Administración<sup>28</sup>.

La *relación entre la entidad matriz y la instrumental* es pues, clave para analizar el verdadero alcance la técnica legal contenida en la Ley 11/2011, de 20 de

---

“*complejo organizativo unitario*”, lo que quiere decir que aquélla se encuentra encuadrada en la organización de ésta. 3. El ente instrumental, la Gerencia, carece de legitimación para impugnar judicialmente los actos dictados por su ente matriz y para sostener impugnaciones de la misma naturaleza en contra de los intereses de éste, pues los intereses de uno y otro o, lo que es igual, *los intereses propios del ente institucional pertenecen al ente matriz que lo ha creado, que lo domina y que lo utiliza*”.

<sup>28</sup> Vid. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, pág. 259.

mayo que, recordemos, crea un procedimiento “arbitral” para resolver las controversias jurídicas que surjan entre la Administración General del Estado y sus entes instrumentales o entre éstos últimos. Como trataré de justificar, la regulación contenida en la disposición adicional única plantea dos graves inconvenientes:

- en primer lugar, uno de carácter *cuasi*-formal y, por tanto, superable: la Ley denomina “arbitraje institucional” a una técnica que no tiene nada ni de lo uno ni de lo otro;
- en segundo lugar, un obstáculo que afecta a la naturaleza misma de la técnica y que será de más difícil superación: el procedimiento regulado impide acceder a los tribunales de justicia a controversias que quedan al margen de la relación de instrumentalidad.

Estas consideraciones permitirán valorar las luces y las sombras de la técnica recogida en la disposición adicional única de la Ley 11/2011, que el propio legislador justifica en la Exposición de Motivos con las siguientes palabras:

“Es de reseñar la importancia de la disposición adicional única de esta Ley, en la que se regula un *cauce procedimental de carácter ordinario e institucional* para resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales, superando los actuales mecanismos *de facto*, ajenos al rigor jurídico y a la objetividad que son imprescindibles en una organización que, por imperativo constitucional, ha de estar regida por el Derecho y actuar al servicio de los intereses generales bajo la dirección del Gobierno. La indudable naturaleza jurídico-pública de las relaciones de organización en el seno de la Administración hacen imprescindible un procedimiento ordinario de resolución de conflictos como el que ahora se configura, más allá de soluciones meramente parciales como pueden ser las ofrecidas por una determinada línea jurisprudencial que ha venido negando a los organismos autónomos legitimación para impugnar los actos de la Administración matriz; línea que hoy encuentra una confirmación legal en el artículo 20.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se entiende que esos conflictos deben ser resueltos por el Gobierno por lo que al efecto se crea una Comisión Delegada cuya presidencia se otorga al Ministro de la Presidencia, en su función coordinadora de la Administración General del Estado, siendo miembros natos el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia. Asimismo, la secretaría se encarga al Ministerio de Justicia en atención a sus funciones y a la adscripción de los Servicios Jurídicos del Estado”.

## II. ¿ARBITRAJE INSTITUCIONAL?

La expresión “arbitraje” tiene mala sombra. Me permito utilizar el calificativo para poner de manifiesto que los esfuerzos recurrentes de la doctrina y la jurisprudencia por clarificar el alcance y contenido de la técnica arbitral y permitir su normal desarrollo han venido acompañados por normas jurídicas poco clarificadoras, cuando no causantes de la confusión misma<sup>29</sup>. Su formulación como método heterocompositivo de resolución de conflictos<sup>30</sup>, en la que un tercero pretendidamente imparcial y ajeno a la controversia ofrece la solución que debe ser aceptada por los litigantes, y, sobre todo, su efecto de renuncia al planteamiento jurisdiccional de la cuestión por parte de ambos contendientes<sup>31</sup> no han sido atendidos por nuestros legisladores, empeñados en utilizar la expresión “arbitraje” para aludir a técnicas muy diferentes, con la consiguiente confusión.

---

<sup>29</sup> R. COLINA GAREA alude a esta idea de forma muy expresiva en su obra *El arbitraje en España. Ventajas y desventajas*, Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2009: “se diría que el denominado sistema arbitral interno o doméstico debe sufrir algún tipo de enfermedad que le impide desarrollarse y crecer con toda normalidad, al mismo ritmo que lo hace en otros países de nuestro entorno, no necesariamente pertenecientes al *commom law*”. Cfr. *op. cit.*, pág. 24.

<sup>30</sup> La definición legal de arbitraje se recoge en la ya derogada Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que no se conserva en la Ley vigente, 60/2003, de 23 de diciembre: “Mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho” (artículo 1). La Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, seguida por el legislador español de 2003, recoge una definición de “acuerdo de arbitraje” como aquel “por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” (artículo 7).

<sup>31</sup> Nota que no contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 24.1 CE, como ha tenido ocasión de expresar el TC en referencia al arbitraje *inter privados*. En su argumentación, el TC ha considerado el carácter *prestacional* del derecho a la tutela judicial efectiva, el *derecho a promover* la actividad jurisdiccional y a *renunciar* a ella por los cauces que el legislador establezca. Desde esta perspectiva, el TC justifica que los titulares del derecho a la tutela judicial efectiva opten *libremente* por no ejercerla porque esta posibilidad está prevista en las leyes. Vid. por todas la STC 176/1996, de 11 de noviembre (F.J. 4). En ni monografía *Arbitraje y Derecho administrativo*, Thomson-Cívitas, 2011, analizo esta jurisprudencia constitucional y, en general, las claves constitucionales del arbitraje.

El mejor ejemplo es el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, tan aplaudido<sup>32</sup> como mal entendido<sup>33</sup>, porque supuso un tratamiento a veces equivocado de la técnica creada, confundida con un arbitraje en sentido estricto a pesar de las grandes distancias que existen entre el régimen jurídico de aquel mecanismo sustitutivo de los recursos administrativos y el arbitraje cuasi-jurisdiccional<sup>34</sup>.

Con esa misma perspectiva, creo que la Ley 11/2011 contribuirá a mantener la confusión generada en torno a esta técnica, por varias razones.

---

<sup>32</sup> Vid. una de las primeras reacciones en este sentido en el trabajo de M. SÁNCHEZ MORÓN, “Recursos administrativos”, en la obra colectiva *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, (Dir. LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN), Madrid, Tecnos, 1993, pág. 326 y ss.: “... la revisión misma del artículo 107.2 constituye, sin lugar a dudas, una de las novedades y uno de los aciertos más importantes de la Ley 30/1992 en lo que se refiere al régimen de revisión de los actos en la vía administrativa, e inclusive en el conjunto de la Ley”. Cfr. pág. 327.

<sup>33</sup> Vid. extensamente GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Thomson-Cívitas, 2011.

<sup>34</sup> El supuesto de hecho que contempla el precepto transcrito no reconoce un arbitraje, al menos en sentido estricto. A simple vista, si pretendiese regular el arbitraje estarían en entredicho algunas de las notas características de la técnica. Entre ellas, la exclusión del control judicial de la resolución arbitral y, en algunos casos, su sumisión voluntaria. Se trata, en efecto, de un específico procedimiento de impugnación en vía administrativa sustitutivo del recurso administrativo, que no puede considerarse alternativo a ni excluyente del control judicial ordinario (en este sentido, PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones sobre el “arbitraje administrativo” a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad Autónoma de Madrid”, *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 1, 1999, pág. 24). Además, cuando el arbitraje se articula como cauce sustitutivo del recurso de alzada, se quiebra otra de las notas características del arbitraje –voluntariedad de sometimiento– por cuanto su ausencia determinará la inadmisión del proceso contencioso-administrativo (esta consideración es discutida por quienes consideran que necesariamente debe darse al ciudadano la posibilidad de optar por el sistema alternativo o por el recurso administrativo. Vid. por todos TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n° 143, 1997, pág. 93: “... entendemos que el arbitraje ha de tener necesariamente carácter alternativo u optativo y, consiguientemente, no debe suponer la exclusión del recurso administrativo ordinario. Por tanto, se debe ofrecer al ciudadano la posibilidad bien de optar por el arbitraje de Derecho administrativo, bien por la vía de interponer recurso ordinario y el posterior recurso contencioso-administrativo”). De ahí que deba hablarse a lo sumo de un arbitraje impropio o atípico y de que se postule por la doctrina la utilización de una terminología diferente de *lege ferenda*. Coincidió plenamente con BUSTILLO BOLADO, R., en el incorrecto uso legislativo del término “arbitraje” en la Ley 30/1992 y en la propuesta del autor de que *de lege ferenda* se sustituya por otro más adecuado, en aras de la claridad y buena técnica legislativa en el uso del lenguaje jurídico. Cfr. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Ed. Aranzadi, 1ª ed., 2001, pág. 296. En su 3ª edición revisada confirma la propuesta.

En primer lugar, la regulación de la resolución de las controversias internas entre la Administración del Estado y sus entes instrumentales –o de estos entre sí– no debería figurar en una Ley de modificación de la Ley de Arbitraje. La naturaleza jurídica de la técnica creada dista mucho de ser arbitral y, si en algún caso surte efectos arbitrales, lo hace más por error o defectuosa técnica legislativa que por voluntad del legislador, que expresa claramente en la Exposición de Motivos que su pretensión se agota en crear un “cauce procedimental” para resolver cierto tipo de controversias en el marco de las relaciones de coordinación dentro de la Administración del Estado. Esta circunstancia propició la presentación de varias enmiendas durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados, en las que se proponía, a mi juicio acertadamente, que la normativa propuesta debería ubicarse en la LOFAGE, por ser el texto dedicado a regular las relaciones organizativas en la Administración del Estado<sup>35</sup> o, incluso, en la Ley 30/1992<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Enmienda número 14 al Proyecto de Ley, presentada por Esquerra Republicana, Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds (de supresión): “... No es esta la primera vez que se baraja la posibilidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una norma con este contenido, pero sí es la primera vez que pretende ubicarse en un texto tan inidóneo como la Ley de Arbitraje ... ésta es una institución que se basa precisamente en la libertad y voluntariedad del sometimiento, esto es, el principio contrario al que corresponde al precepto cuestionado, que se basa en la obligatoriedad de la sumisión. De ahí que la norma encontraría su mejor ubicación en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, texto dedicado a regular las relaciones organizativas en la Administración estatal”. Con esa misma base argumentativa, se cuestiona el apoyo competencial que se hace en la Disposición Final Sexta del Proyecto: en lugar de citarse exclusivamente el artículo 149.1. 6º y 8º, debería citarse además el artículo 149.1. 5º y 18º. El texto de la enmienda número 14 se reproduce en la número 48, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), también en lo que respecta a su posible ubicación en la LOFAGE; sin embargo, en una nueva enmienda, la número 49, en este caso de modificación, se propone llevar la regulación contenida en la Adicional a la Ley 30/1992 “Se adiciona una nueva Disposición Adicional Vigesima a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con la siguiente redacción: (el resto igual)”. Además, propuso también la supresión de la Adicional el Grupo Parlamentario Popular (enmienda número 32), insistiendo en la ida de que “quizás deba ser objeto de una regulación específica, pero no dentro de una Ley de arbitraje “de derecho privado”, prevista para solucionar cuestiones sobre materias disponibles”, aunque en este caso la fundamentación de la enmienda se centraba en el carácter forzoso del arbitraje, más que en su naturaleza organizativa.

<sup>36</sup> *Ibid.* La justificación de esta enmienda (número 49) es interesante y refuerza la tesis propuesta: “Despejar cualquier duda acerca de la naturaleza jurídico-administrativa del arbitraje administrativo, así como insertarlo en el sistema de solución de controversias administrativas con plena aplicación de los principios informadores del Derecho Administrativo”.



En segundo lugar, si la técnica expuesta no es arbitral, al menos en sentido propio, no debería utilizarse esta expresión porque no aporta ninguna ventaja y sí, en cambio, un gran inconveniente: contribuir a consolidar o incrementar el confusionismo reinante en nuestro ordenamiento jurídico en esta materia. En esta ocasión, el texto legal acierta al no incluir la expresión “arbitraje” en su articulado porque tiene muy poco que ver con aquél, al menos en la mayoría de los supuestos en que puede resultar aplicado. De ahí que se haga referencia a un “procedimiento” de resolución de controversias. Habría sido un acierto que la misma cautela con la que se ha tratado la técnica en el texto de la Ley se hubiese tenido en el propio título de la norma, en el que sí puede leerse, sin reparos, “regulación del *arbitraje* institucional en la Administración General del Estado”.

En tercer lugar, el calificativo “institucional” que acompaña al término “arbitraje” en el título de la norma es notablemente inconveniente. La expresión “arbitraje institucional” tiene, precisamente en sede arbitral, un contenido muy diferente al que pretende darse en la disposición adicional comentada. En la Ley de Arbitraje —a la que precisamente acompaña la nueva regulación—, el arbitraje institucional es aquel en el cual las partes encomiendan la administración del arbitraje y la designación de árbitros a instituciones arbitrales (artículo 14), y se caracteriza precisamente porque quien administra no arbitra<sup>37</sup>. Nada tiene que ver, por tanto, con esta idea el “arbitraje institucional” recogido en la Ley 11/2011, por el que se crea una Comisión específica, estable y permanente a la que se le encomienda la *resolución de la controversia*. Puede decirse a favor de la norma que las cosas son lo que son por su contenido, y no por el nombre que se les da, pero no estaría de más afinar en este tipo de cuestiones si pretendemos salir de una vez por todas del reino de la confusión en el que se ha sumido la técnica arbitral.

### III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TÉCNICA PREVISTA EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA DE LA LEY 11/2011

Como expuse páginas atrás, entre el ente matriz y los llamados entes instrumentales pueden surgir dos tipos de conflictos, según se planteen en el mar-

---

<sup>37</sup> Vid. J.M. ALONSO PUIG, “El arbitraje institucional”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, A. DE MARTÍN MUÑOZ y S. HIERRO ANIBARRO (Coords.), Marcial Pons, 2006, págs. 679 y ss.

co o al margen de la relación de instrumentalidad. Ignorando esta realidad, la Ley 11/2011 parece querer dar soporte a todas las situaciones enunciadas, aunque unas y otras sean de muy diferente naturaleza y no admitan la misma técnica de resolución de conflictos.

En el caso de *conflictos surgidos a propósito de actuaciones enmarcadas en la llamada relación de instrumentalidad*, la naturaleza jurídica del arbitraje institucional no plantea problemas. Obviamente, no será un arbitraje en sentido estricto, porque no es cuasi-jurisdiccional, ni falta que hace. Tratándose de una relación ente matriz – ente instrumental, basta con un procedimiento administrativo específico que permita al primero ejercer sus funciones de dirección sobre el segundo. En este caso, la actuación se encomienda por ley a una Comisión Delegada del Gobierno que representa los intereses generales encomendados a la Administración General del Estado, que son, también, los de sus entes instrumentales.

Es lógica la prohibición de acudir a la vía judicial para resolver este tipo de controversias. Ya existía antes de esta ley, como se ha expuesto, al amparo del artículo 20.c) de la Ley Jurisdiccional, al menos respecto a una tipología de entes instrumentales, las entidades de derecho público<sup>38</sup>, que ahora se hace extensible a todos los demás entes instrumentales. Hubiese sido razonable, en cualquier caso, que la Ley 11/2011 contuviese en su disposición final una referencia al artículo 20 LJCA, para incluir a los entes instrumentales a que se refiere el apartado 1 de la adicional única, que no tienen cabida en la redacción actual.

Los *actos ejercidos fuera de la relación de instrumentalidad* no pueden recibir el mismo tratamiento que los anteriores. La jurisprudencia ha admitido con solidez que en estos casos los entes instrumentales actúan frente a la Administra-

---

<sup>38</sup> Cuestión distinta será la posible impugnación de las decisiones de la Comisión Delegada por terceros afectados. En este caso, es evidente que los acuerdos de la Comisión son recurribles, salvo por las partes en conflicto, como reza el precepto legal. En este caso podría tener sentido una enmienda presentada a la Disposición Adicional por el Grupo Catalán (Convergència i Unió), que añadía al texto proyectado un inciso que, a mi juicio, no es válido para todos los supuestos que pueden encajar en el texto: “Los actos o resoluciones tomadas para la solución de estas controversias jurídicas relevantes serán recurribles tanto en vía administrativa como judicial”. En su justificación no se dice más que “Se pretende introducir, para mayor claridad, una previsión obvia”. Sin embargo, a la vista de los múltiples supuestos de hecho que pueden encajar en la Adicional, la previsión no es obvia ni añade claridad a la regulación. Creo que el inciso solo es válido si se refiere a terceros afectados por la controversia o la decisión de la Comisión.

ción como meras personalidades jurídicas con fines propios, y que la Administración actúa también en el marco de las relaciones de supremacía general, ajena a la relación que les une en la consecución de otros fines compartidos. La consecuencia directa de este reconocimiento es muy clara: en tales casos, no rige la prohibición de interponer recurso contencioso-administrativo contenida en el artículo 20 c) LJCA.

¿Cómo valorar, entonces, el mecanismo legal que, en primer lugar, impone a la Comisión Delegada del Gobierno el dictado de “una resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá aportar para solucionar el conflicto o controversia planteados” y, en segundo lugar, señala que “la resolución de la Comisión Delegada no será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto”? En estos casos, la Comisión Delegada no actúa como ente coordinador, sino como verdadero árbitro entre las dos partes contendientes, y su decisión, en la medida en que excluye el planteamiento de la controversia en sede jurisdiccional, tiene la fuerza de un laudo arbitral. Es evidente que esta no fue la pretensión del legislador y que, además, difícilmente va a poder legitimarse la actuación de un árbitro que es manifiestamente “parcial” respecto al conflicto, a la vista de su composición netamente gubernamental.

A la vista de lo anterior, creo que habrá que atenerse a las siguientes alternativas:

a) Puede mantenerse el texto vigente e interpretarse en el único sentido admisible. En tal caso, habrán de ser los tribunales de justicia quienes, en la aplicación de la ley y ante una eventual impugnación de actos o disposiciones por parte de entes instrumentales, admitan a trámite el recurso cuando se plantee sobre asuntos ajenos a la relación de instrumentalidad. Lo contrario sería tanto como negar legitimación a quien la tiene, y por tanto incurrir en una vulneración del artículo 24.1 CE.

b) Puede modificarse la ley para ceñir su ámbito de aplicación al que realmente debe ser objeto del procedimiento, para lo cual sería necesario que se declarasen excluidas de su ámbito las controversias ajenas a la relación de instrumentalidad y, como veremos, las surgidas entre entes instrumentales.

c) Si está en el ánimo del legislador excluir de la vía judicial cualesquiera controversias surgidas entre la Administración pública y sus entes instrumentales, o las surgidas entre estos últimos, necesariamente tendría que haberse creado un órgano arbitral muy diferente, por lo pronto, con la exigible impar-

cialidad respecto de los contendientes. De modo que, conociendo de una controversia nacida de la relación de instrumentalidad o de otra completamente ajena a ella, su decisión pudiera ser imperativa y de obligado cumplimiento para las partes. En unos casos, la fuerza de la decisión sería la propia de una entidad a la que se le habría encomendado una función de coordinación; en otros casos, la fuerza de la decisión provendría de su naturaleza de laudo arbitral.

Incluso podría mantenerse la Comisión Delegada, relegándola en el segundo supuesto (arbitraje *stricto sensu*) a un papel de “institución arbitral” propiamente dicha (tal es además el nombre que se le da en el título de la Ley). Su función no sería, por tanto, más que la de administrar el arbitraje y designar los árbitros pero nunca resolver la controversia.

Además, y en este último caso, habría sido conveniente establecer una remisión a la Ley 60/2003 respecto a las cuestiones arbitrales que no tienen hoy en día una regulación singular en el ámbito jurídico-público o, por qué no, haber desarrollado algunas cuestiones específicas para este arbitraje, aprovechando la sede en que se formula la técnica, que contiene, precisamente, una modificación de la Ley 60/2003.

Finalmente, debería garantizarse el carácter voluntario del arbitraje, dejando abierta la vía judicial para el caso de que no se llegase a un acuerdo sobre el cauce extrajudicial. En relación con este último inciso, quizá pudiera defenderse una suerte de “arbitraje obligatorio”, del estilo del que impuso el artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de reforma de la normativa sobre relaciones de trabajo<sup>39</sup>, en atención a la peculiaridad de los

---

<sup>39</sup> “El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral en el plazo que determine, por un período máximo de dos meses o, de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio. El incumplimiento de este acuerdo podrá dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 15 y 16. Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas”. El párrafo 1º de este artículo fue declarado inconstitucional y nulo en lo que respecta a la atribución de la facultad al Gobierno para imponer la reanudación del trabajo, pero *no en cuanto le faculta para instituir un arbitraje obligatorio, siempre que en él se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros* (STC 11/1981, de 8 de abril).

sujetos contendientes, pero supondría resucitar una figura que, justificada a duras penas en su momento, hoy se compadece mal con la regulación jurídica del arbitraje y el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>40</sup>.

En definitiva, *de lege lata* la disposición adicional única de la Ley 11/2011 recoge una manifestación de la potestad de dirección de la Administración respecto a sus entes instrumentales, pero regula algo más. En algunos de los supuestos sobre los que deberá aplicarse la norma, la resolución de la Comisión Delegada, con la correspondiente prohibición de ventilar la controversia ante los Tribunales de Justicia, es, por su eficacia, un arbitraje obligatorio<sup>41</sup> de equivalencia jurisdiccional. Serán los tribunales de lo contencioso-administrativo quienes, con total seguridad, tendrán que pronunciarse sobre la idoneidad de la fórmula articulada<sup>42</sup>.

#### IV. ÁMBITO SUBJETIVO

Con los matices que se han expuesto y los que más adelante se harán, puede afirmarse que la disposición adicional única de la Ley 11/2011 crea un pro-

---

<sup>40</sup> Vid. la opinión matizada de ROSA MORENO, *El arbitraje administrativo*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, pág. 65, que recuerda la posibilidad de positivizar arbitrajes obligatorios como único medio previsto de dirimir determinada clase de conflictos, posibilidad conforme con el texto constitucional según la STC 11/1981, siempre que se den unos presupuestos especiales y esté, en todo caso, garantizada la imparcialidad de los árbitros. No obstante, dice el autor, esta sentencia hace referencia a una muy peculiar relación de sujeción, la funcionarial, por lo que queda el interrogante de su generalización en el Derecho administrativo. Se refiere también a la cuestión F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, “Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración”, *Revista española de Derecho Administrativo*, número 119, 2003, págs. 414 y ss.

<sup>41</sup> El Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda de supresión de esta Adicional y argumentó, entre otras cosas, el dudoso carácter forzoso de este arbitraje (Boletín del Congreso de los Diputados de 22 de diciembre de 2010, Serie A, Proyectos de Ley, número 85-15, IX legislatura). El carácter forzoso del arbitraje no extraña cuando se impone a las Administraciones públicas o entes instrumentales. La voluntad del órgano o del ente es suplida en este caso por la decisión del legislador. Bien entendido que podrán elevarse a esta Comisión las controversias surgidas entre la Administración matriz y un ente instrumental que no afecten a terceros. No podrán elevarse a la Comisión, por ejemplo, las resoluciones dictadas en alzada por el Ministro cuando desautoricen la decisión recurrida. Si así fuera, en realidad se estaría imponiendo al tercero en cuestión un arbitraje forzoso inadmisibles.

<sup>42</sup> Vid. un estudio reciente de B. BELANDO GARIN, “El supuesto arbitraje administrativo en la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre”, *Diario La Ley*, número 7504, 2010.

cedimiento de resolución de los conflictos que surjan entre la Administración General del Estado y los restantes entes del llamado “sector público estatal”<sup>43</sup>.

Centrándonos en la expresión final entrecomillada, forma parte del referido sector público, en primer lugar, un conglomerado de entes públicos, con personalidad jurídica diferenciada, que se reúnen bajo el concepto de “Administración institucional”. Son los contemplados en el Título III de la LOFAGE, bajo la denominación de “organismos públicos”, y definidos en su artículo 1 como “entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta” clasificados de la siguiente forma: a) Organismos autónomos; b) Entidades públicas empresariales; y c) Agencias estatales.

Con diferencias en su regulación y su régimen jurídico, estos organismos públicos tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado (artículo 2.3 de la LOFAGE). Por ello, dependen de ésta y se adscriben directamente o a través de otro

---

<sup>43</sup> Tomando como punto de partida el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y aunque la relación se haga a efectos presupuestarios, “forman parte del sector público estatal: a) La Administración General del Estado. b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado. c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella. d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados. e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones. g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado. h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado”. Téngase en cuenta la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, que ha creado un nuevo ente instrumental a añadir a los organismos públicos previstos en la LOFAGE. Vid. una lista más exhaustiva en el artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

organismo autónomo al Ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine.

Junto a éstos, las Disposiciones Adicionales Sexta a Novena de la LOFAGE recogen una serie de organismos que se rigen por su legislación específica<sup>44</sup> y la Adicional Décima fija el régimen jurídico de determinados organismos públicos caracterizados por su especial independencia y autonomía respecto a la Administración General del Estado<sup>45</sup>.

Por otra parte, la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE recoge las sociedades mercantiles estatales, disponiendo que se regirán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, cualquiera que sea su forma jurídica, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación, con la prohibición expresa de disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Se exceptúan de esta previsión las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, que se rigen por el Título VII de la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> La Disposición Adicional Sexta se refiere a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social; la Séptima al Consejo de Estado; la Octava al Banco de España y los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito; y la Novena a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes.

<sup>45</sup> Unos son citados expresamente: la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, La Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal; además, se incluyen con carácter general e innominado aquellos organismos a los que por ley se les reconozca expresamente una independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado (apartado 2).

<sup>46</sup> Se hace, además, una referencia a la Corporación de RTVE, como sociedad estatal dotada de especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, que se regirá en primer lugar por su Ley reguladora y sus estatutos sociales; y en segundo lugar por su legislación sectorial y por las normas reguladoras de las sociedades mercantiles estatales en lo que le sean de aplicación y, en defecto de la anterior normativa, por el ordenamiento privado.

Finalmente, se integran en el sector público estatal las fundaciones reguladas en el Capítulo XI de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, o en las que su patrimonio fundacional está formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades<sup>47</sup>.

De todos ellos, el sistema “arbitral” se aplica a las controversias en que estén implicados la Administración General del Estado, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las agencias estatales, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social, el Instituto Cervantes, las entidades gestoras y los servicios comunes de la seguridad social, las sociedades mercantiles estatales cuyo capital sea en su totalidad de la Administración del Estado o de sus organismos públicos, las fundaciones del sector público estatal y otras entidades de Derecho público que se determinen reglamentariamente.

Llegados a este punto es preciso abordar la tarea antes anunciada, que exige analizar caso por caso la relación entre la Administración General del Estado y cada uno de los entes instrumentales a que afecta la nueva norma, para poder hacer una correcta valoración de las novedades que entraña y de su idoneidad.

Cuando la Ley se refiere a organismos públicos, debemos entender comprendidos en la expresión los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las agencias estatales (artículo 43 LOFAGE).

Los organismos autónomos se rigen plenamente por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (artículo 45.1 LOFAGE). Dependen de un Ministerio, al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad, a través del órgano al que esté adscrito el organismo. Además, habrá que atender a la estructura organizativa de cada organismo autónomo para determinar

---

<sup>47</sup> Vid. un magnífico estudio colectivo del sector público estatal en la obra coordinada por A. MORALES PLAZA, M. PARDO GONZÁLEZ y J. RODRIGO LAVILLA, *Tratado del sector público estatal*, La Ley, 2010.



la posible presencia del Ministro cuando se planteen recursos administrativos contra decisiones de los órganos del organismo autónomo. Si, como regla general, la LOFAGE establece para los organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado que agotan la vía administrativa los actos emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales y colegiados de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos (Disposición Adicional 15 LOFAGE), no faltan excepciones que contemplan el recurso de alzada ante el Ministerio correspondiente<sup>48</sup>.

Lo expuesto para los organismos autónomos resulta aplicable a las entidades públicas empresariales, a las que la LOFAGE define como organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (artículo 53.1). Estos organismos, a diferencia de los anteriores, se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para los mismos en la LOFAGE, en sus Estatutos y en la legislación presupuestaria (apartado 2). Las entidades públicas empresariales dependen de un Ministerio o un organismo autónomo, al que le corresponden las funciones de dirección estratégica, evaluación y control de los resultados de su actividad; les resulta, por lo demás, aplicable lo dicho respecto a los recursos administrativos sobre los organismos autónomos.

Por su parte, las agencias estatales se encuentran a medio camino entre los dos organismos anteriores. Tienen un régimen jurídico ampliamente sujeto al Derecho administrativo, gozan de un mayor nivel de autonomía respecto al órgano que las ha creado y las funciones de dirección estratégica, evaluación y control de resultados y de la actividad de estas agencias se articula a través de un instrumento novedoso: el contrato de gestión, por el cual se delimita la relación existente ente el ente matriz y la Agencia<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Vid., por ejemplo, el artículo 82 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que relaciona un total de veintidós organismos públicos en los que los actos y resoluciones de los máximos órganos personales o colegiados no agotan la vía administrativa y son recurribles en alzada ante el Ministro respectivo.

<sup>49</sup> Vid. un estudio de las agencias estatales en la obra colectiva *Tratado del Sector Público Estatal*, cit., pág. 701 y ss.

¿Qué aporta la Ley 11/2011 respecto a la regulación en vigor?

En estos momentos, las controversias surgidas entre el Ministerio y los organismos públicos se solventaban con la decisión unilateral del primero y, si surgían fuera de la relación de instrumentalidad, podían llegar a plantearse en sede judicial si quien tenía la responsabilidad de mover la maquinaria procesal era sensible a la doctrina jurisprudencial que elude en estos casos la prohibición contenida en la letra c) del artículo 20 de la Ley Jurisdiccional.

La técnica creada en la adicional única de la Ley 11/2011 tiene, por tanto, en este caso concreto, una consecuencia de escasa trascendencia práctica en todos los conflictos surgidos de la relación de instrumentalidad. A todo lo más, supone una pérdida de poder de dirección del Ministro del ramo a favor de la Comisión Delegada, aunque, dado el carácter gubernamental de la misma y habida cuenta de la personalidad jurídica única de la Administración, no puede darse a esta circunstancia otro valor que el de una medida autoorganizativa.

La conclusión no es la misma si se proyecta sobre controversias ajenas a la relación de instrumentalidad. En estos casos, la exigencia legal de plantear el conflicto ante la Comisión Delegada y la prohibición de hacerlo ante los tribunales de justicia hacen de la técnica un arbitraje forzoso impartido por un árbitro de dudosa imparcialidad.

Junto a los organismos públicos, la Ley se refiere a las sociedades mercantiles y a las fundaciones del sector público.

Respecto a las primeras, es necesario aclarar que la norma se refiere a las sociedades definidas en el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, es decir, aquellas cuyo capital es en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos. En estos casos, la Ley de Patrimonio establece la posibilidad de que, al autorizar su constitución, el Consejo de Ministros atribuya a un ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma. De no hacerlo, ejercerá la tutela el Ministerio de Hacienda<sup>50</sup>. Pues

---

<sup>50</sup> Vid. artículos 178 y ss. La tutela conlleva ejercer el control funcional y de eficacia de las sociedades, dictar instrucciones respecto a las líneas de actuación estratégica, y establecer los sistemas de control que permitan la adecuada supervisión financiera de estas sociedades. Para aquellas sociedades en que sea necesario definir un escenario presupuestario, financiero y de ac-

bien, es esta relación de “tutela” la que justifica el establecimiento de un cauce de resolución de controversias como el que se regula en la Ley 11/2011, que no debería extenderse, por las razones expuestas, a los conflictos surgidos fuera de dicha relación.

En cuanto a las fundaciones del sector público, a pesar de las múltiples diferencias doctrinales sobre su naturaleza y régimen jurídico<sup>51</sup>, lo cierto es que prestan el servicio público que las justifica a modo de entes descentralizados o funcionales, actuando como verdaderos entes públicos<sup>52</sup>. Las enmiendas número 14 y número 48 presentadas al texto del Proyecto de Ley en el Congreso

---

tución a medio plazo, el marco de relaciones con la Administración General del Estado se establecerá preferentemente sobre la base de un convenio o contrato-programa, a iniciativa del ministerio de tutela o de la Dirección General del Patrimonio del Estado, en el caso de sociedades de la Administración General del Estado, o del organismo público que sea titular de su capital

<sup>51</sup> Puede encontrarse una detenida exposición de las diferentes tesis doctrinales en J.C. ALLI TURRILAS, *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2010. Para el autor, las fundaciones son entes públicos, pero es necesario levantar el velo de la institución; entonces encontraremos un patrimonio dotado por el ente público, desprendido relativamente del poder público –pues sigue sometido al control financiero-presupuestario del Estado–, gobernado por personas interpuestas pero dirigidas y dependientes del poder público, y para un fin “de interés general”. Llega a firmar que “sin ambages, estamos ante puros organismos autónomos a los que se les ha revestido de fundación, pero arreglando el modelo con recortes y costuras por todos lados”. Y concluye: “Por todo ello parece necesario señalar que sería mejor que las funciones del sector público no sean, ni pretendan ser, ni las llamemos más, fundaciones”. Cfr. *op. cit.*, pág. 455-456. Vid. sobre las fundaciones del sector público, además de la obra citada, J.L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, 2000; y, recientemente, T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, 2009.

<sup>52</sup> A. MENÉNDEZ REXACH, “Formas jurídicas de gestión de los servicios sanitarios”, en L. PAREJO ALFONSO, F. LOBO y M. VAQUER (coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, 2001, pág. 91 y ss. En esta dirección, D. VILLAVARDE PAGE analiza alguna jurisprudencia relevante y clarificadora de la naturaleza de entidad pública de las fundaciones del sector público. Por ejemplo, cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de enero de 2000 (Sección tercera, número de recurso 83/1999), la cual concluye, respecto de una fundación pública sanitaria que “nos encontramos ante una entidad de Derecho Público de las aludidas en el artículo 1.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio”; asimismo, la Sentencia de 9 de junio de 1988, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, ponente F. González Navarro, en la que se afirma respecto a un Patronato de una fundación pública dependiente de un Ayuntamiento que “la personalidad de la fundación, por más que sea un instrumento útil de cara a facilitar una más ágil gestión no puede hacer perder de vista el carácter de simple órgano que en las relaciones internas tiene aquélla”; y, finalmente, el Auto del Tribunal Constitucional 206/1999, de 28

ponen de manifiesto una carencia de la Adicional que debería haberse subornado. Me refiero al inciso en el que, refiriéndose a las fundaciones, se dice:

“Este procedimiento será, asimismo, aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los Organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias”.

En relación con este texto, se señaló por los Grupos Parlamentarios en el Congreso de Esquerra Republicana, Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds (enmienda número 14) y el Catalán (Convergència i Unió) que debería hacerse referencia al Protectorado, en lugar de citar al Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio u los Organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad de la dotación de las fundaciones. En los términos en que está redactada, “la norma devendría inaplicable a las fundaciones, toda vez que no disponen de Ministerio de tutela, sino que están sujetas al Protectorado, figura jurídica radicalmente distinta; ni es posible que un organismo o entidad ostente su dotación, ya que la dotación es de la propia fundación y no de terceros”.

Finalmente, se refiere la Ley a los conflictos que puedan surgir entre entes instrumentales pertenecientes a la Administración General del Estado. Obviamente, pueden surgir este tipo de conflictos, pero pueden ser de muy diversa naturaleza. De ahí que resulte difícil concebir un mecanismo de coordinación de aplicación general a todos ellos, sobre todo porque no existe en estos casos la legitimación invocada del ejercicio del poder de dirección de la Administración matriz sobre sus entes instrumentales o, por utilizar la expresión ya empleada, no existe la citada relación de instrumentalidad.

## V. ÁMBITO OBJETIVO

---

de julio: “Luego estamos en presencia, por un lado, de un ente privado fundacional que, para lo que aquí interesa, actúa materialmente como un organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones...”. Cfr. “Las fundaciones públicas estatales”, en *Tratado del Sector Público Estatal*, cit., pág. 1578.

La Ley pretende reconducir a este tipo de arbitraje institucional las controversias “relevantes”, que se presumen por razón del número de reclamaciones producidas o que puedan llegar a producirse, por razón de la cuantía o por su relevancia para el interés público:

“Se entenderá por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía, generen o puedan generar un número elevado de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público”.

Lo cierto es que el dato de la “relevancia” se introduce a propósito de las controversias que puedan surgir entre la Administración General del Estado y cualquiera de los organismos públicos regulados en el Título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, o las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, u otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente, o entre dos o más de estos entes. Cuando el precepto regula las controversias con las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones omite el calificativo de “relevantes”; no creo, pese a ello, que tenga ningún sentido la distinción y supongo que se tratará de un lapsus o una defectuosa redacción que deberá subsanarse en cuanto haya la ocasión de hacerlo.

Sin perjuicio de lo anterior, se excluyen de este tipo de arbitraje ciertas controversias por razón de su materia:

“Este procedimiento de resolución de controversias no se aplicará:

a) A cuestiones de naturaleza penal, pero sí a las relativas al ejercicio de acciones civiles derivadas de delitos y faltas.

b) A cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, sujetas a la legislación específica reguladora de éste.

c) A conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración Pública, que se regularán por sus disposiciones específicas.

d) A las cuestiones de las actuaciones de control efectuadas por la intervención general de la Administración del Estado, reguladas con carácter específico en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y demás normas de desarrollo de las mismas”.

## VI. LA COMISIÓN DELEGADA DEL GOBIERNO

Una de las novedades más llamativas de la nueva regulación legal es la creación de una Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de las Controversias Administrativas. Forman parte de esta Comisión varios Ministros, entre ellos el de la Presidencia, que será su presidente, el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia, como vocales natos, y el Ministro o Ministros de los departamentos afectados por la controversia. La secretaría será ejercida por quien designe el Ministro de Justicia dentro de su ámbito. Es decir, es una Comisión netamente gubernamental.

La composición de la Comisión es coherente con la idea que se transmite en la Exposición de Motivos del Proyecto: pretende regular un *cauce procedimental de carácter ordinario e institucional* para que *el Gobierno* resuelva los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales. No se persiguen, como es obvio, objetivos de neutralidad, porque en ese caso la Comisión, más que ser Delegada del Gobierno, tendría que ser independiente de éste; ni el Gobierno tiene la más mínima intención de renunciar a su poder de dirección sobre estos entes instrumentales.

No se alcanzan a vislumbrar otras ventajas derivadas de la existencia de una Comisión Delegada que la de lograr la unificación de líneas de dirección dentro del mismo Gobierno, hasta ahora no alcanzada necesariamente al recaer las acciones de dirección sobre los distintos Ministerios. No es una razón despreciable, pero a mi juicio no justifica que se utilice el calificativo de “arbitraje institucional” en el título de la Ley y de su adicional única ni, mucho menos, que se haya escogido la ocasión de reformar la Ley 60/2003 para crear esta Comisión.

Por lo demás, poco se dice en el texto legal sobre el funcionamiento de la Comisión Delegada:

- Planteada una controversia, las partes enfrentadas la pondrán, de forma inmediata, en conocimiento de la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas.
- La Comisión Delegada recabará los informes técnicos y jurídicos que estime necesarios para el mejor conocimiento de la cuestión debatida.
- Por la secretaría de dicha Comisión se elaborarán las propuestas de decisión oportunas.

- La Comisión Delegada dictará resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá adoptar para solucionar el conflicto o controversia planteados.
- La resolución de la Comisión Delegada no será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto.

Dada la brevedad con que se tratan las cuestiones procedimentales, habría sido conveniente hacer una remisión a futuros reglamentos o a la Ley 30/1992 para los aspectos no regulados. Habrá que esperar, en definitiva, al desarrollo reglamentario del texto legal.

## VII. RECAPITULACIÓN

La aprobación de la Ley 11/2011 ha constituido en sí misma una buena noticia, porque supuso revivir una línea de discusión que parecía agotada después del fracasado Anteproyecto de Ley de Arbitraje Público del año 2001. El mero hecho de que se haya tomado la decisión de alejar de los Tribunales de Justicia una fuente de conflictos, por más que en la práctica ya se estuviese haciendo por vía reaccional invocando el artículo 20.c) de la Ley Jurisdiccional, presupone en quien ha tomado la iniciativa mucho pragmatismo y sentido común.

Ahora bien, si todo lo que puede decirse de la novedad legislativa se resume en mis palabras anteriores, entonces habrá que aceptar que la iniciativa es limitada, insuficiente y muy decepcionante.

En primer lugar, si el resultado que se espera obtener de la adicional única de la Ley es meramente organizativo y no excede del ámbito de la coordinación de la Administración General del Estado con sus entes instrumentales, demasiada alforja para tan corto viaje. Y qué decir del vehículo escogido: la modificación de una ley de arbitraje privado que pivota sobre un principio elemental, el de la autonomía de la voluntad, tan antitético al principio de dirección que le acompaña en forma de disposición adicional. Hubiese bastado una medida tan sencilla como aprovechar el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, de tramitación casi coincidente en el tiempo con la Ley 11/2011, para añadir una adicional en la LOFAGE o en la Ley 30/1992, porque cualquiera de estos dos cuerpos legales habría tolerado con mayor naturalidad el injerto<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> En esta línea, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó una enmienda de

En segundo lugar, la sensación que puede provocar el texto legal de que nuevamente se abre el debate sobre el arbitraje de Derecho público se desvanece cuando se profundiza en las medidas aprobadas. Nada más lejos de la realidad. La Ley 11/2011 no recoge un arbitraje en sentido estricto, sino un procedimiento administrativo revestido de una terminología típicamente arbitral, como si quisiera disfrazarse aquél para encajar, sin forzar demasiado, en una Ley de reforma de la Ley de Arbitraje. Utilizando una expresión coloquial, el hábito no hace al monje.

En tercer lugar, la mayor decepción proviene de la conciencia de haber perdido una ocasión inmejorable. Si era el momento de reformar la Ley de 2003, qué buena noticia habría sido que se añadía un nuevo título referido a las especialidades del arbitraje en las contiendas jurídico-públicas. Puede discutirse si es conveniente o no que el arbitraje privado y el público compartan norma reguladora. Dependerá de la dimensión que se dé a las particularidades de éste frente a aquél, que podrían ser tantas y de tal relevancia que nada más que la coincidencia del *nomen* justificaría una regulación conjunta. A mi juicio, no son tan extrañas las técnicas como para necesitar de dos textos legales diferentes. Y, desde un punto de vista pragmático siempre será preferible una mejorable Ley de arbitraje privado y público que una Ley de arbitraje privado y una ausencia de regulación legal del público, que es con lo que ahora contamos.

En definitiva, una ocasión perdida o medio aprovechada. Habrá que confiar en que la situación angustiosa de la Justicia lleve, por fin, al Gobierno, a presentar un Proyecto de Ley específico sobre el Arbitraje en las relaciones jurídico-públicas en el que tengan cabida, también, algunas de las controversias a las que aludí en las páginas precedentes<sup>54</sup>.

---

supresión contra esta Adicional (Boletín del Congreso de los Diputados de 22 de diciembre de 2010, Serie A, Proyectos de Ley, número 85-15, IX legislatura): “Quizás debe ser objeto de una regulación específica, pero no dentro de una ley de arbitraje de “Derecho privado”, prevista para solucionar cuestiones sobre materias no disponibles”.

<sup>54</sup> Será una ocasión magnífica para rescatar de las arcas del olvido los magníficos trabajos realizados por la doctrina española sobre la cuestión y, en concreto, por la escuela sevillana de Derecho Administrativo, protagonista de excepción del único intento palpable de elaboración de un anteproyecto de ley de arbitraje administrativo (2001). En el apartado bibliográfico se da cuenta de algunas obras referentes en esta materia.



**BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA SOBRE ARBITRAJE ADMINISTRATIVO:**

- BELANDO GARIN, B., “El supuesto arbitraje administrativo en la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre”, *Diario La Ley*, número 7504, 2010.
- BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Ed. Aranzadi, 1ª ed., 2001, 3ª ed., 2010.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R., TESO GAMELLA, P. y AROZAMENA LASO, A., *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- FERRET JACAS, J., “Límites del arbitraje administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 35, 1999.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., “Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración”, *Revista española de Derecho Administrativo*, número 119, 2003.
- GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Thomson-Cívitas, 2011.
- GONZÁLEZ CUETO, T., “El arbitraje como medio en la solución de controversias cuando son parte las Administraciones Públicas, convenios de colaboración y otras fórmulas”, *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas*, Aranzadi, 1995.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Las negociaciones y el Derecho administrativo.: transacciones, convenios, arbitraje”, *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo II, Ed. Thomson Cívitas, 2003.
- HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa*, número 2, 1999.
- MARESCA CABOT, J.C., “El arbitraje en Derecho administrativo”, *Bulletí número 5 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1994; “El arbitraje en la LRJAAPP y de PAC”, *Bulletí número 6 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1995.
- MONTORO CHINER, M.J., “Técnicas pre y extra-procesales de resolución de los conflictos urbanísticos”, *Bulletí número 9 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1997.
- PAREJO ALFONSO, “Algunas reflexiones sobre el “arbitraje administrativo” a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad Autónoma de Madrid”, *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 1, 1999.

- PÉREZ MORENO, A., “El arbitraje administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 43, 2001.
- RIVERO GONZÁLEZ, M., “La abogacía del estado y los conflictos interadministrativos (propuesta de norma legal sobre arbitraje de derecho público)”, *La asistencia jurídica del Estado en el siglo XXI. Primer Congreso de la Abogacía del Estado*, Aranzadi, 2000.
- RIVERO ORTEGA, R., “Repensando el Estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración”, *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (Coord.: F. SOSA WAGNER), Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- RODRIGO LAVILLA, J., “Arbitraje y Administración del Estado”, *Diario La Ley*, número 7153, 2009.
- ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Madrid, 1991.
- TORNOS MAS, J., “La situación actual del proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, número 122, 1990; “El arbitraje en Derecho administrativo: posibilidad de esta figura”, *Bulletí n° 6 del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 1995; “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, número 136, 1995.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, número 143, 1997.

# Deberes de los altos cargos andaluces en ejercicio

*José María Pérez Monguió*

Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Cádiz

**SUMARIO:** I. OBJETO Y SISTEMÁTICA DE ESTUDIO.- II. DEDICACIÓN EXCLUSIVA Y RETRIBUCIÓN ÚNICA- III. INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALTOS CARGOS. 1. Deber de declaración de las posibles causas de incompatibilidad.- 2. Causas de incompatibilidad.- 3. Consecuencias jurídicas de la falta de compatibilidad.- IV. ACTIVIDADES COMPATIBLES. 1. Actividades privadas compatibles. a) Administración del patrimonio personal o familiar. b) Producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) Colaboración y participación en congresos, seminarios, conferencias, jornadas. d) Participación en actividades de instituciones culturales o benéficas. 2. Actividades públicas compatibles.- V. RÉGIMEN DEL DEBER DE DECLARACIÓN DE ACTIVIDADES, BIENES E INTERESES.- 1. Deber de declaración de los altos cargos.- 2. La obligación de informar a los altos cargos de sus obligaciones en materia de incompatibilidad.- 3. Contenido de las declaraciones de actividades, bienes e intereses.- 4. Formas y plazo de presentación de las declaraciones.- 5. La transparencia de las declaraciones: la publicidad.- 6. Consecuencias jurídicas de la falta de presentación de las declaraciones.- 7. La especialidad de las declaraciones tributarias.- Bibliografía

## RESUMEN:

En este trabajo se realiza un análisis del régimen actual de los altos cargos en Andalucía, concretamente, de los deberes que asumen con la designación y que tienen que respetar y cumplir durante el tiempo del ejercicio del cargo. De esta forma se abordan el deber de dedicación exclusiva y de retribución única, las causas de incompatibilidad y de compatibilidad y, por último, la configuración del deber de declaración de actividades, bienes e intereses.

## Palabras clave:

Altos cargos, dedicación exclusiva, retribución única, incompatibilidad, actividades privadas compatibles, declaración de actividades, bienes e interés.

## ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the top political positions within the current administration in Andalusia, specifically of the assumed duties inherent in the

designated position, which must be adhered to and fulfilled throughout the time in office. Areas this paper deals with are the duty to exclusive dedication to the office and single source of income, the reasons for compatibility and incompatibility.

#### Keyword

Top political positions, exclusive dedication, the reasons for compatibility and incompatibility.

## I. OBJETO Y SISTEMÁTICA DE ESTUDIO

En los últimos años han sido diversos los escándalos que han salpicado a los altos cargos en España, con independencia de la Administración y el color del partido al que pertenecen<sup>1</sup>. Esta situación, unida a la crisis económica, ha potenciado un debate social que exige un replanteamiento de las normas existentes, tanto estatales como autonómicas, con el fin último de potenciar los instrumentos precisos para garantizar la independencia, la imparcialidad y la eficacia en el ejercicio de sus funciones.

Estas demandas sociales van más allá, y exigen, como expone la exposición de la Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo, por el que se establece un código de buen gobierno, «que los poderes e instituciones públicas, ofrezcan a los ciudadanos el compromiso de que todos sus representantes en el ejercicio de sus funciones han de cumplir no solo las obligaciones previstas en las leyes, sino que, además, su actuación ha de inspirarse y guiarse por principios éticos y de conducta que hasta ahora no han sido plasmados expresamente en las normas, aunque sí se inducían de ellas y que conforman un código de buen gobierno».

En Andalucía se aprecia igualmente esta inquietud por la materia que se refleja en distintas iniciativas actuales tanto del Gobierno como de los grupos par-

---

<sup>1</sup> El catorce de septiembre de 2011, el Tribunal Supremo revocó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 13 enero 2011 (*RJCA* 2011\211) que exigía a la Junta de Andalucía abrir expediente a Manuel Chaves, ex presidente de la Junta, por el caso Matsa por una supuesta infracción de la ley de incompatibilidades de altos cargos al no inhibirse en el procedimiento de concesión de un incentivo millonario a favor de la empresa Minas de Aguas Teñidas MATSA en la que su hija era apoderada. Véase, sobre este particular, <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/09/14/espana/1315997773.html>; [http://www.cadenaser.com/espana/articulo/supremo-anula-expediente-sancionador-chaves-caso-matsa/csrscsrpor/20110914csrscsmac\\_3/Tes](http://www.cadenaser.com/espana/articulo/supremo-anula-expediente-sancionador-chaves-caso-matsa/csrscsrpor/20110914csrscsmac_3/Tes); <http://www.larazon.es/noticia/8921-el-supremo-impide-que-se-investigue-chaves-por-el-caso-matsa>; <http://www.elcorreoweb.es/andalucia/130201/ts/revoca/decision/tsja/abrir/expediente/chaves/caso/matsa>

lamentarios<sup>2</sup>, todo ello con independencia de la sensibilidad de la Comunidad Autónoma desde los años ochenta, cuando se dotó de la primera ley de altos cargos en 1984, a través de la Ley 5/1984, de 23 de abril<sup>3</sup> y en el año 2005, se aprobó la ley de segunda generación, es decir, la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de declaración de actividades, bienes e intereses de altos cargos y otros cargos públicos, desarrollada por el Decreto 176/2005, de 26 de julio, de Incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de declaración de actividades, bienes e intereses de altos cargos y otros cargos públicos<sup>4</sup>.

Ante este escenario, donde la sociedad está muy interesada por la materia, donde el Gobierno apunta medidas para profundizar en la transparencia y democracia y donde los Grupos Parlamentarios han presentado proposiciones de ley para la modificación la Ley 3/2005, de 8 de abril, parece oportuno realizar un análisis del régimen actual de los altos cargos en Andalucía, concretamente, del concerniente a los deberes que asumen con la designación y que tienen que cumplir durante el tiempo del ejercicio del cargo con el fin de detectar las posibles incoherencias y lagunas, y formular, en su caso, las propuestas de *lege ferenda* oportunas.

De este manera dejaremos al margen el estudio del régimen sancionador o la situación de los altos cargos tras el cese para centrarnos en los deberes de dedicación exclusiva y la retribución única, en las causas de incompatibilidad y de compatibilidad y, por último, abordaremos el deber de declaración de actividades, bienes e intereses.

---

<sup>2</sup> Entre estas acciones se encuentra el papel destacado de la materia entre las 27 medidas presentadas por el Presidente de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el Debate del Estado de la Comunidad de 2011, concretamente en la medida 25, que se encuadra en el epígrafe, *Más transparencia y democracia*, proponía suprimir cualquier tipo de privilegio en materia de pensiones que pueda tener atribuido cualquier cargo público en Andalucía». En el *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* se han publicado dos proposiciones de ley, una del Grupo Parlamentario Socialista (8-11/PPL-000008) y otra del Grupo Parlamentario Popular (8-11/PPL-000010). Esta segunda recibió el criterio contrario Consejo Gobierno a la toma en consideración (*BOPA* núm. 739/2011, de 9 de septiembre).

<sup>3</sup> La Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y Administración solamente regulaba las incompatibilidades del Presidente y de los Consejeros sin detenerse en el régimen de los altos cargos.

<sup>4</sup> Este decreto desarrollaría, entre otros, aspectos las actividades incompatibles y exceptuadas, la declaración de posibles causas de incompatibilidad, las actividades, bienes e intereses, el contenido de la declaración, el plazo de presentación, la dependencia y publicidad del Registro, la información y obligación de declarar, el examen, subsanación e inscripción de las declaraciones, la potestad sancionadora, las actuaciones previas, el procedimiento sancionador y los órganos

## II. DEDICACIÓN EXCLUSIVA

Los altos cargos, en virtud de la especial actividad que desarrollan, están sujetos a un régimen de dedicación absoluta y exclusiva y de esta circunstancia se deriva el régimen estricto de incompatibilidades que tendremos la ocasión de analizar en las siguientes páginas. De este modo, el artículo 3.1 de la Ley Andalucía 3/2005, reproduciendo el artículo 1.1 de la Ley Andalucía 5/1984, dispone que el ejercicio de un alto cargo será «incompatible con el desarrollo por sí o mediante sustitución de cualquier otro cargo, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena, retribuidos mediante sueldo, arancel, participación o cualquier otra forma especial, incluida la docencia y los cargos electivos de representación popular en colegios, cámaras o entidades que tengan atribuidas funciones públicas».

Por tanto, podemos afirmar que la regla general es la incompatibilidad de toda actividad pública o privada ajena al cargo, pese a la existencia de excepciones<sup>5</sup>, y todo ello en aras de preservar el principio de eficacia y a la vez de imparcialidad en el desarrollo de su función; garantizando, en la medida de lo posible, que la actuación del mismo sea totalmente independiente a cualquier tipo de intereses ajenos al puesto desempeñado<sup>6</sup>.

---

competentes, la prescripción de infracciones y sanciones y la obligatoriedad de comunicación de los nombramientos; todo ello, según el preámbulo, «con objeto de asegurar la dedicación y la eficacia, la moralización de la vida pública y la ejemplaridad y transparencia que el ejercicio de estas altas funciones conlleva». Este Decreto fue modificado por el Decreto 231/2005, de 25 octubre, con objeto de añadir un segundo párrafo al artículo 5 del Decreto 176/2005, de 26 de julio, por el que se desarrolla la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, dando lugar a la redacción siguiente: «Respecto a lo previsto en el artículo 8.5 de la Ley 3/2005, deberán ingresarse en la Tesorería de la Comunidad Autónoma las cantidades que se perciban correspondientes a las pensiones causadas por los Altos Cargos incluidos en el artículo 2.1 de dicha Ley».

<sup>5</sup> Véanse los artículos 4, 5 y 6.d) y f) de la Ley Andalucía 3/2005 y 4 del Decreto Andalucía 176/2005.

<sup>6</sup> Así la exposición de motivos de la Ley Andalucía 3/2005 resalta como uno de los argumentos para la aprobación de este texto normativo se halla en la conveniencia de «regular de modo más estricto el régimen de incompatibilidades de los citados cargos a fin de reforzar su independencia, imparcialidad y dedicación exclusiva a los asuntos públicos, evitando cualquier interferencia en los intereses públicos de otros intereses». Esta es una idea que se repite en las distintas leyes que regulan el ejercicio de los altos cargos. De esta manera resulta muy clarificadora la exposición de motivos de la Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo, por el que se establece un código de buen gobierno que cuando manifiesta que: «Desde la entrada en vigor de la Constitución Española, y del Amejoramiento del Fuero, el ordenamiento jurídico se ha enriquecido con diversas normas que confor-

Junto con el régimen de dedicación exclusiva y absoluta, la Ley Andalucía 3/2005 establece el principio de incompatibilidad económica o de retribución única que les impide percibir más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas, ni de los organismos, entidades y empresas de ellos dependientes o con cargo a los órganos constitucionales –art. 3.3–<sup>7</sup>.

Este régimen tiene sus excepciones en las actividades privadas compatibles pero en el caso de actividades públicas compatibles, la cuestión es diversa. Así, en los supuestos en que los altos cargos ostenten la condición de parlamentario, formen parte de órganos colegiados o de otra naturaleza de las Administraciones Públicas cuando les corresponda con carácter institucional o para los que fuesen designados en función del cargo, representen a la Administración de la Junta de Andalucía en órganos de gobierno o consejos de administración de empresas con capital público o participen en actividades en instituciones culturales o benéficas anejas al cargo, las empresas u organismos tienen la obligación de ingresar directamente en la Tesorería de la Comunidad Autónoma las cantidades que se devenguen, incluidas las indemnizaciones por asistencia –arts. 3.3 y 4.3 de la Ley Andalucía 3/2005 y art. 5 Decreto Andalucía 176/2005–.

Del mismo modo se procederá en los supuestos de participación de los altos cargos en toda clase de actividades en instituciones culturales y /o benéficas anejas al cargo.

### III. INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALTOS CARGOS

#### **1. Deber de declaración de las posibles causas de incompatibilidad**

La Ley Andalucía 3/2005 establece la obligación de los altos cargos de declarar sobre las causas de posibles incompatibilidades con el ejercicio del car-

---

man el marco en el que han de actuar los miembros del Gobierno, los altos cargos de las Administraciones Públicas, los funcionarios públicos y el resto del personal de las Administraciones Públicas, incluidos los representantes de las instituciones forales, para ejercer sus funciones de acuerdo al bloque de la legalidad, que garantiza la transparencia, eficacia y dedicación plena a sus funciones públicas y evita toda aquella actividad o interés que pudiera comprometer su independencia e imparcialidad o menoscabar el desempeño de sus deberes públicos».

<sup>7</sup> Véanse, entre otros, el artículo 4 Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad o el artículo 8 Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria.

go en el plazo que se establezca reglamentariamente –art. 10<sup>8</sup>, correspondiendo resolver al titular de la Consejería de Hacienda y Administración Pública –artículo 7.1 del Decreto 176/2005<sup>9</sup>. En este sentido, la regulación resulta enormemente pobre y carece de la agilidad necesaria para detectar las posibles incompatibilidades pues, como mínimo, el alto cargo estará dos meses en esta situación de incompatibilidad sin que fuese detectado por la Administración. Por este motivo, entendemos que la fórmula empleada por la normativa andaluza no es operativa. Para intentar solventar esta situación proponemos de *lege ferenda* que fuese obligatorio, por parte de los altos cargos, presentar una comunicación, previa al nombramiento, de las posibles causas de incompatibilidad pues, a diferencia de las declaraciones de actividades, bienes e intereses que responden a un principio de transparencia y de publicidad sin que afecten a la eficacia o imparcialidad, las declaraciones de incompatibilidad pueden tener efectos sobre el propio nombramiento como veremos más adelante y, por ello, no resulta razonable que se establezca el mismo plazo para la presentación de una y otra. Sólo de esta manera, el futuro alto cargo podría adecuar su situación al régimen de incompatibilidades sin incurrir en ninguna infracción de las contempladas en la Ley en la medida que aún no habría sido designado.

## 2. Causas de incompatibilidad

Los altos cargos son incompatibles entre sí y en particular, como dispone el artículo 6 de la Ley Andalucía 3/2005, con:

- Todo otro cargo que figure al servicio o en los presupuestos de las administraciones, organismos o empresas públicas, o con cualquier actividad por cuenta directa o indirecta de las mismas, así como las funciones públicas retribuidas mediante arancel, participación o cualquier otra forma especial.
- El desempeño por sí o por persona interpuesta de cargos de todo orden, funciones de dirección o de representación, así como de asesoramiento y mediación de empresas o sociedades concesionarias, empresas inmobilia-

---

<sup>8</sup> Plazo que se fijó en dos meses desde la fecha del nombramiento (art. 7.2 Decreto Andalucía 176/2005).

<sup>9</sup> El Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías ha suprimido la Consejería de Justicia y Administración Pública, surgiendo las Consejerías de Gobernación y Justicia y de Hacienda y Administración Pública. En este nuevo esquema, la referencia del artículo 7.1 del Decreto 176/2005 debe entenderse realizada a la Consejería de Hacienda y Administración Pública.



rias, contratistas de obras, servicios o suministros, o con participación o ayudas del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas, con la excepción prevista en el artículo 5 de la Ley 3/2005.

- El ejercicio de cargos, por sí o por persona interpuesta, que lleven anejas funciones de dirección, representación o asesoramiento de toda clase de compañías, sociedades mercantiles y civiles, y consorcios de fin lucrativo, aunque unas y otros no realicen fines o servicios públicos ni tengan relaciones contractuales con las administraciones, organismos o empresas públicas.
- El ejercicio por sí o por persona interpuesta o mediante sustitución de la profesión a la que por razón de sus títulos o aptitudes pudiera dedicarse, salvo que se trate de actividades culturales o científicas efectuadas de forma no continuada.
- La percepción de pensiones de derechos pasivos o de cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.
- El ejercicio de toda clase de actividades en instituciones culturales o benéficas, salvo autorización del órgano que los nombró o que fueran anejas al cargo.
- La gestión, defensa, dirección o asesoramiento de asuntos particulares ajenos, cuando por la índole de las operaciones de los asuntos compete a las Administraciones Públicas resolverlos o quede implicado en ellos la realización de algún fin o servicio público.
- Figurar en cualquier forma de promoción de empresas o actividades profesionales privadas.
- El ejercicio de funciones de dirección en cámaras, colegios profesionales, sindicatos y organizaciones empresariales.

### **3. Consecuencias jurídicas de la falta de compatibilidad**

El hecho de incurrir en incompatibilidad, entendemos tras la apreciación por el titular de la Consejería de Hacienda y Administración Pública –art. 7 Decreto 176/2005–, puede tener consecuencias diversas en virtud de la causa en la que se incurra, como podemos apreciar en el siguiente cuadro, todo ello sin perjuicio de las infracciones en las que se podrían haber incurrido por este motivo.

*Consecuencias de la falta de compatibilidad*

| <b>Incompatibilidad</b>  | <b>Consecuencias</b>   |
|--|--|
| Con todo cargo que figure al servicio o en los presupuestos de las administraciones, organismos o empresas públicas, o con cualquier actividad por cuenta directa o indirecta de las mismas, así como las funciones públicas retribuidas mediante arancel, participación o cualquier otra forma especial.  | Pase a la situación administrativa que en cada caso proceda.   |
| Con el desempeño por sí o por persona interpuesta de cargos de todo orden, funciones de dirección o de representación, así como de asesoramiento y mediación de empresas o sociedades concesionarias, empresas inmobiliarias, contratistas de obras, servicios o suministros, o con participación o ayudas del sector público cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas con la excepción de las actividades derivadas de la mera administración del patrimonio personal o familiar, salvo en el supuesto de participación superior al 10% entre el titular del alto cargo, su cónyuge, pareja de hecho inscrita en el correspondiente registro, hijos menores y personas tuteladas en el capital de sociedades que tengan concertos, contratos o concesiones de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local. | <p>Suspensión en el ejercicio de los cargos.</p> <p>Prohibición de obtenerlos mientras ejerzan los que son causa de incompatibilidad y durante dos años después de su cese.</p> <p><i>Excepciones:</i></p> <p>Cuando fueren designados para los mismos en representación de las Administraciones Públicas.</p> <p>Cuando los estuvieren ejerciendo y hubieren cesado por razón de su nombramiento.</p> |
| Con el ejercicio de cargos, por sí o por persona interpuesta, que lleven anejas funciones de dirección, representación o asesoramiento de toda clase de compañías, sociedades mercantiles y civiles, y consorcios de fin lucrativo, aunque unas y otros no realicen fines o servicios públicos ni tengan relaciones contractuales con las administraciones, organismos o empresas públicas.  | Suspenderán también toda actuación o actividad propia de los cargos comprendidos en el mismo, por todo el tiempo que sirvan los que dan causa a la incompatibilidad, durante cuyo término de servicio tampoco podrán obtener nuevos cargos; si bien al cesar en aquéllos podrán reintegrarse al ejercicio de éstos, sin restricción alguna de plazo.   |
| Con el ejercicio por sí o por persona interpuesta o mediante sustitución de la profesión a la que por razón de sus títulos o aptitudes pudiera dedicarse, salvo que se trate de actividades culturales o científicas efectuadas de forma no continuada.  | Cese en el ejercicio profesional activo mediante sustitución, mientras sirvan el cargo.  |
| Con la percepción de pensiones de derechos pasivos o de cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.   | Las pensiones que se perciban, se ingresarán en la Tesorería de la Comunidad Autónoma.   |
| Con la gestión, defensa, dirección o asesoramiento de asuntos particulares ajenos, cuando por la índole de las operaciones de los asuntos compete a las Administraciones Públicas resolverlos o quede implicado en ellos la realización de algún fin o servicio público.   | Prohibición de las actividades referidas durante el ejercicio del cargo y hasta dos años después de su cese, en lo que compete a la Administración de la Junta de Andalucía.   |

## IV. ACTIVIDADES COMPATIBLES

### 1. Actividades privadas compatibles

La Ley Andalucía 3/2005 no contiene ningún precepto específico dedicado a la compatibilidad del cargo público con las actividades privadas, como es el caso de Cantabria<sup>10</sup>, Cataluña<sup>11</sup>, La Rioja<sup>12</sup> o Galicia<sup>13</sup>, entre otras, o de la propia Ley estatal<sup>14</sup>. Únicamente contempla un precepto –art. 5– que recoge el régimen de la compatibilidad con la administración del patrimonio personal o familiar y el resto se encuentran en el artículo dedicado al régimen general de incompatibilidades, prohibiendo la compatibilidad y después estableciendo una excepción. El Decreto Andalucía 176/2005, en el artículo 4, bajo la rúbrica *Actividades exceptuadas*, recoge las actividades excluidas del régimen de dedicación absoluta y exclusiva, entre las que se encuentran las públicas, en el apartado primero, y las privadas en el segundo.

Las actividades privadas compatibles son, en general, las mismas que en el resto de Comunidades Autónomas, salvo en materia de docencia universitaria que queda fuera del régimen de incompatibilidad, como veremos en los siguientes epígrafes.

La falta de sistemática del precepto produce una ausencia de armonía en el texto. Pero aún es más relevante es el hecho de que se permita la compatibilidad sin limitación alguna en los supuestos contemplados. Es decir no queda condicionada la compatibilidad de la actividad al hecho de que no se comprometa la imparcialidad o independencia<sup>15</sup> o a que suponga un menoscabo

---

<sup>10</sup> Art. 11 Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria.

<sup>11</sup> Art. 8 Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad.

<sup>12</sup> Art. 56 Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros de la Comunidad Autónoma de la Rioja.

<sup>13</sup> Art. 7 Ley 9/1996, de 18 de octubre, de incompatibilidades de los miembros de la Junta de Galicia y altos cargos de la administración autonómica.

<sup>14</sup> Art. 10 Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

<sup>15</sup> Véanse, entre otros, los artículos 11 Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria; 7 Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; 7 Ley

al ejercicio del cargo<sup>16</sup> pese a que pudiera, de alguna manera y haciéndose una interpretación finalista, entenderse que va implícito.

*Actividades privadas compatibles*

| <b>Regla general</b>   | <b>Excepción</b>  | <b>Artículos</b>  |
|--|---|---|
| Las actividades derivadas de la mera administración del patrimonio personal o familiar.  | Participación superior al diez por ciento entre el titular del alto cargo, su cónyuge, pareja de hecho inscrita en el correspondiente Registro, hijos menores y personas tuteladas en el capital de sociedades que tengan concertos, contratos o concesiones de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local. | Art. 5 Ley 3/2005   |
| <p><i>Es incompatible la condición de alto cargo:</i></p> <p>Con el ejercicio por sí o por persona interpuesta o mediante sustitución de la profesión a la que por razón de sus títulos o aptitudes pudiera dedicarse, salvo que se trate de actividades culturales o científicas efectuadas de forma no continuada.</p> | La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas que podrán efectuarse de forma no habitual y siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios.  | <p>Art. 6.d) Ley 3/2005</p> <p>Art. 4.2.a) Decreto 176/2005</p> |
|  | La colaboración y participación en congresos, seminarios, conferencias, jornadas, coloquios o cursos siempre que tengan carácter esporádico y ocasional y no estén financiados específicamente por la Administración de la Junta de Andalucía.  | <p>Art. 6.d) Ley 3/2005</p> <p>Art. 4.2.b) Decreto 176/2005</p> |

9/1996, de 18 de octubre, de incompatibilidades de los miembros de la Junta de Galicia y altos cargos de la administración autonómica y 8.2 Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

<sup>16</sup> Art. 8.2 Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

## a) Administración del patrimonio personal o familiar

Resulta razonable, como ha puesto de manifiesto Sarmiento Méndez, que la persona que accede a la condición de alto cargo pueda continuar con la administración de su patrimonio pues no sería lógico que se le impidiese supervisar sus intereses económicos<sup>17</sup>. De este modo, la Ley Andalucía 5/1984 ya disponía, en su artículo 4, que las actividades derivadas de *la mera administración el patrimonio personal o familiar* no están sujetas al régimen de incompatibilidad. Esta redacción se repite de nuevo en el artículo 5 de la Ley Andalucía 3/2005. La redacción no es muy afortunada, aunque sea la misma que se recoge en la legislación estatal y la mayoría de las disposiciones autonómicas<sup>18</sup>, pues, como bien ha puesto de manifiesto Meseguer Yedra<sup>19</sup>, el término «mera» debe entenderse como una restricción del alcance de lo que es, en efecto, una pura excepción<sup>20</sup> que es calificada por Sánchez Blanco como una expresión poco afortunada<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> X. A. Sarmiento Méndez, (1996), «As incompatibilidades dos membros da Xunta e demais altos cargos», en *Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 1, p. 345.

<sup>18</sup> Véanse también, entre otros, los artículos 8.1.d) Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad –en esta comunidad no se emplea el término mera sino que se recurre al término simple–, 11.a) Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria, 56.a) Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros de la Comunidad Autónoma de la Rioja; art. 10.1 Ley Castilla y León 6/1989, 7.a) Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, 8.1 Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y 6 Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

<sup>19</sup> J. Meseguer Yedra (2007), *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Bosch, Barcelona, p. 193.

<sup>20</sup> El Grupo Parlamentario Popular solicitó eliminar el término en la enmienda 29 al proyecto de ley estatal.

<sup>21</sup> A. Jiménez Blanco, «Estatuto de los miembros del Gobierno: deberes, derechos e incompatibilidades», en A.A. VV. (Coord. L. Parejo Alfonso), *Estudios sobre el Gobierno*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1996, p. 226. Algunos autores han criticado el empleo del verbo administrar por entender que en el orden jurídico civil se contraponen a disponer y, por tanto, se podría llegar al absurdo de que un ministro no pudiera vender un inmueble de su propiedad. Desde nuestra posición esta interpretación debe ser rechazada pues administrar, en la tercera acepción del Real Diccionario de la Lengua Española, se define como «Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes» y, por tanto, entendemos que la administración también lleva implícito la disposición de los bienes que integran el patrimonio. Véase, Meseguer Yedra (2007: 193-194).

La Ley Andalucía 3/2005 recoge una excepción al régimen de compatibilidad para la administración del patrimonio personal o familiar, en los supuestos de «participación superior al diez por ciento entre el titular del alto cargo, su cónyuge, pareja de hecho inscrita en el correspondiente Registro, hijos menores y personas titulares en sociedades que tengan conciertos, contratos o concesiones de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local»<sup>22</sup>. Una previsión similar ya se encontraba en la Ley del 84. Sin embargo, la redacción actual ha mejorado notablemente el anterior en la medida que el primero no contemplaba a las parejas de hecho y personas tuteladas y solo se producían en los supuestos en que la participación fuera superior al diez por ciento en las sociedades que tengan conciertos de obras, servicios o suministros, cualquiera sea su naturaleza, exclusivamente cuando aquéllos fueran con la entidad pública en la que desempeñase su cargo, mientras que con la ley vigente se ha eliminado esta limitación, ampliándose a todo el sector público estatal, autonómico o local.

Esta cautela se ha visto reforzada, en cierta medida, con la obligación que se impone, en el artículo 9 de la Ley Andalucía 3/2005 –que es una reproducción del artículo 8 de la Ley Andalucía 5/1984–, a las empresas, entidades o sociedades que tomen parte en licitaciones públicas, contraten o hayan de encargarse de la gestión de cualquier servicio público, ya sea prestado directamente por la Administración de la Junta de Andalucía o a través de sus entes instrumentales, de acreditar, mediante la oportuna certificación expedida por su órgano de dirección o representación competente, que no forma parte de los órganos de gobierno o administración persona alguna a los que se refiere esta disposición; incumplimiento que supondrá el rechazo de las proposiciones que no acompañen dicha certificación, junto a los documentos requeridos en cada caso.

---

<sup>22</sup> Véase también, en este mismo sentido, entre otros, los artículos 8.b) Ley Castilla y León 6/1989, 8.a) Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad; 11.a) Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria; 5.1 Ley Asturias 4/1995, 7.b) Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; 4.1 Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, 8.1 Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y 3.2. Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

De esta manera, se articula un nuevo instrumento, al margen de las propias declaraciones exigidas por la Ley a los altos cargos, para la detección de posibles participaciones de altos cargos en sociedades que participen empresas, entidades o sociedades que tomen parte en licitaciones públicas, contraten o hayan de encargarse de la gestión de cualquier servicio público, ya sea prestado directamente por la Administración de la Junta de Andalucía o a través de sus entes instrumentales.

b) Producción y creación literaria, artística, científica y técnica

Resultan compatibles, como manifiesta el artículo 4.2.a) del Decreto Andalucía 176/2005 «las actividades de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquellas, podrán efectuarse de forma no habitual y siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios»<sup>23</sup>.

La creatividad es una manifestación del principio de libertad de expresión, un medio de desarrollo de la personalidad y un derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución que reconoce el derecho a la «producción y creación literaria, artística, científica y técnica». En consecuencia, no puede ser cercenado por ninguna norma de incompatibilidad, sin embargo, ello no es obstáculo para que se establezca la limitación o la salvedad que introduce el precepto que prohíbe las publicaciones derivadas de aquellas de forma habitual y que sean consecuencia de una relación de empleo o de una prestación de empleo, pues, en estos supuestos, al existir una relación permanente y habitual se produciría la existencia de «vínculo laboral» que no sería aceptable. Por tanto, no queda limitada, como es lógico, la creación literaria, artística, etc. que pertenecen a la esfera del individuo sino que exclusivamente se limita la publicación de las mismas cuando se derive de una relación de empleo o prestación

---

<sup>23</sup> Véanse también, entre otros, los artículos 8.1.d), Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad; 11.b) Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria; 56.b) Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros de la Comunidad Autónoma de la Rioja y 6 Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. El artículo 8.b) Ley Castilla y León 6/1989 completa esta excepción incluyendo que no pueden ser retribuidas las actividades con cargo a fondos de las Administraciones Públicas o entidades dependientes de ellas.

de servicios<sup>24</sup>. El concepto publicación debe entenderse en un sentido amplio pues existen creaciones que no se publican como por ejemplo, esculturas, pinturas y, por tanto, el término debe entenderse en un sentido finalista.

- c) Colaboración y participación en congresos, seminarios, conferencias, jornadas

El artículo 4.2.b) del Decreto Andalucía 176/2005 excluye del régimen de incompatibilidades la colaboración y participación de altos cargos en congresos, seminarios, conferencias, jornadas, coloquios o cursos<sup>25</sup>. Pero para que se

---

<sup>24</sup> En este sentido el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 2 de noviembre de 1989 (RTC 1989\178), analiza la posible inconstitucionalidad de la limitación –va referida a la Ley estatal de 1984 pero el contenido es el mismo que el de la Ley Andalucía 3/2005– al considerar los recurrentes que la salvedad establecida condicionaba el ejercicio de la libertad de expresión.

El Alto Tribunal manifestó que «no hay tal condicionamiento, sin embargo, si se tiene en cuenta la finalidad que persigue el precepto, que es, precisamente, excluir del régimen de incompatibilidades –con todas sus consecuencias, incluidas, claro está, las de naturaleza económica– la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Que se haga la salvedad de la producción realizada como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios para nada afecta a dicha libertad, sino exclusivamente a la titularidad de la referida producción que, por recaer en el ente público de que se trate, ningún sentido tiene que se exceptúe ese supuesto del régimen de incompatibilidades.

Los demandantes reprochan también la limitación a la ocasionalidad, contenida en los apartados g) y h) del repetido precepto, que consideran que infringe, simultáneamente, los arts. 20 y 27 de la Constitución.

La limitación en cuestión es, sin embargo, perfectamente razonable y coherente con el sistema de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, ya que de no existir esa limitación el ejercicio habitual, reiterado y constante de las actividades a que se refieren los apartados g) y h) del art. 19 de la Ley impugnada podría entrar en contradicción con la dedicación al puesto de trabajo en la Administración, con menoscabo de la eficacia de la actividad del correspondiente ente público» (F. J. undécimo).

<sup>25</sup> Véanse también, entre otros, los artículos 8.1.b) Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad, 7 Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y 8.1 Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias. En esta última Comunidad se prevé que el desempeño de un alto cargo será compatible con la impartición y dirección de seminarios, cursos y conferencias en centros oficiales destinados a la selección, formación y perfeccionamiento de funcionarios, siempre que no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año» –art. 7.2 Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.–.



produzca esta compatibilidad se requieren dos requisitos: *a)* el carácter esporádico y ocasional de la actividad y *b)* que no estén financiados específicamente por la Administración de la Junta de Andalucía.

Una aplicación estricta del precepto llevaría pensar que los altos cargos no podrían participar ni colaborar, en modo alguno, cuando la actividad se encuentre financiada por la Junta de Andalucía. Sin embargo, esta interpretación literal debe ser desechada pues debemos entender que el precepto se refiere exclusivamente a las actividades de esta naturaleza ajenas al cargo. No tendría sentido que un Consejero no pudiese pronunciar una conferencia financiada por su propia Consejería cuando su intervención se deba precisamente al cargo que ocupa, lo que no podría es percibir ingreso alguno en virtud de su intervención.

La participación de los altos cargos en el resto de actividades, según algunos autores, puede resultar peligrosa en orden a preservar la imparcialidad de los mismos pues es frecuente que las retribuciones sean cuantiosas y, en numerosas ocasiones, están organizados y/o promovidos por colectivos interesados. Sin embargo, y pese a ello, ninguna de las leyes autonómicas ha prohibido la percepción de cantidades económicas<sup>26</sup>.

En cuanto al requisito de la ocasionalidad, como ha dejado de manifiesto Meseguer Yedra, «es perfectamente razonable y coherente con el sistema de incompatibilidades ya que de no existir esa limitación el ejercicio habitual, reiterado y constante de la actividad (...) podría entrar en contradicción con la dedicación al puesto de trabajo en la Administración, con menoscabo de la eficacia de la actividad del correspondiente Organismo o Ente público»<sup>27</sup>; es decir, podría colisionar con el principio de dedicación exclusiva<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Véase P. García Mexía, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2001, p. 198.

<sup>27</sup> Meseguer Yedra (2007: 197).

<sup>28</sup> En algunas Comunidades Autónomas, como es la del País Vasco, se exceptiona de incompatibilidad retributiva y funcional el desempeño de actividades, ocasionales o permanentes, docentes o de investigación en las universidades del País Vasco, en los centros de selección y perfección de funcionarios o en cualquier otro centro de investigación del País Vasco. Esta excepción no requerirá autorización alguna si se realiza fuera del horario de trabajo o se presta en régimen de jornada reducida no superior a cien horas anuales, siendo necesaria autorización si se supera ese límite –art. 5 Ley 32/1983–. En un sentido similar también se encuentra Cataluña que permite que «los altos cargos al servicio de la Generalidad pueden compatibilizar su cargo con el ejercicio de funciones docentes universitarias retribuidas, de carácter reglado, siempre y

d) Participación en actividades de instituciones culturales o benéficas

La Ley Andalucía 3/2005 incluye entre las incompatibilidades «el ejercicio de toda clase de actividades en instituciones culturales o benéficas, salvo autorización del órgano que los nombró o que fueran ajenas al cargo» –art. 6.f)–, y posteriormente el Decreto Andalucía 176/2005 le da una redacción positiva a esta incompatibilidad permitiéndola cuando sean autorizadas o sean ajenas al cargo –art. 4.2.b)–<sup>29</sup>.

cuando no sea en detrimento de la dedicación al ejercicio del cargo público, en régimen de dedicación a tiempo parcial y con una duración determinada» y en todo caso se requiere autorización expresa del consejero o consejera competente en materia de función pública –art. 11 Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad–. En este conjunto de Comunidades Autónomas también se integra Cantabria que permite la compatibilidad del cargo con el desempeño de actividades docentes o de investigación en centro universitarios, en el Centro de Estudios de la Administración Pública Regional de Cantabria u otros centros de selección y perfeccionamiento de empleados públicos, o en cualesquiera otros centros de investigación, siempre que tales actividades no supongan menoscabo de la dedicación al cargo. En los supuestos en que esta dedicación sea regular se requiere la autorización del Consejero de la Presidencia y Justicia y del Gobierno cuando se trate de Consejeros. En esta Comunidad se limita las retribuciones que no podrán superar el treinta por ciento de la que corresponde al alto cargo –art. 10.e) Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria–. En la Comunidad Canaria, se requiere autorización expresa del Gobierno –art. 7.1 Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias–. En Galicia, por el contrario, no se delimita el tipo de docencia incluyéndose «el ejercicio de funciones docentes, de carácter reglado...» –art. 5 Ley 9/1996, de 18 de octubre, de incompatibilidades de los miembros de la Junta de Galicia y altos cargos de la administración autonómica–.

<sup>29</sup> Algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Cataluña, no contemplan esta modalidad de excepción al régimen de incompatibilidad y exclusivamente se refiere a la participación en entidades sin ánimo de lucro –art. 8.1.e) Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad–. Otras Comunidades requieren que las entidades benéficas o culturales no tengan ánimo de lucro para poder reconocer la compatibilidad como es el caso de la Comunidad Balear –art. 7.d) Ley 2/1996–, mientras otras exigen la ausencia de ánimo de lucro y la ausencia de retribución alguna –arts. 56.c) Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros de la Comunidad Autónoma de la Rioja, 7 Ley 9/1996, de 18 de octubre, de incompatibilidades de los miembros de la Junta de Galicia y altos cargos de la administración autonómica, 8.1 Ley 3/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y 6 Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra–.

Antes de entrar en diversas consideraciones sobre la excepción expuesta, es necesario realizar una observación que va referida a una cuestión de economía normativa pues con la redacción del artículo 6.f) de la Ley no era necesaria la precisión del Decreto en la medida que la excepción ya se encontraba recogida junto a la causa de incompatibilidad; circunstancia que no se producía en los supuestos anteriores.

Al margen de esta cuestión, y entrando en el contenido material del precepto, podemos afirmar que, con el régimen articulado, los altos cargos podrán desempeñar toda clase de actividades en instituciones culturales o benéficas cuando fueran anejas al cargo y en los demás supuestos requerirá autorización.

Con todo, lo cierto es que la redacción de la excepción es parca por dos motivos:

a) No se precisa a qué tipo de actividades se refiere, pues con la redacción actual parece que no hay excepción, cualquier tipo o modalidad de participación requerirá la autorización, salvo que sea ajena al cargo. En este sentido, de *lege ferenda*, se podría condicionar en todo caso la participación a que no comprometa la imparcialidad o la independencia del cargo.

b) No se concreta qué características deben tener las instituciones culturales o benéficas, ¿pueden tener ánimo de lucro? ¿Cuál es la delimitación de su ámbito territorial?...

Ante esta situación, proponemos una modificación sustancial del precepto con objeto de dotarlo de la entidad suficiente para aclarar esos extremos y aportar seguridad jurídica y transparencia a la cuestión.

## 2. Actividades públicas compatibles

En la Ley se distinguen dos ámbitos públicos de compatibilidad: uno representativo, de carácter personal y de una legitimación directa como es el de parlamentario, y otro de carácter representativo, institucional y de legitimación indirecta, vinculados o no a la condición de alto cargo, que les permite formar parte de los órganos colegiados o de otra naturaleza de las Administraciones Públicas cuando les corresponda con carácter institucional o para los que fuesen designados en función del cargo y de representar a la Administración de la Junta de Andalucía en los órganos de gobierno o consejos de administración de empresas con capital público –art. 3.2 y 4 Ley Andalucía 3/2005–.

## V. RÉGIMEN DEL DEBER DE PRESENTACIÓN DE ACTIVIDADES, BIENES E INTERESES

La Ley Andalucía 5/1984, en su artículo décimo, establecía la obligación de los altos cargos de formular declaración sobre las causas de incompatibilidad en la que debería constar, por tanto un declaración de mínimos, la referencia a las actividades lucrativas profesionales, laborales, mercantiles o industriales<sup>30</sup>. Sin embargo, la Ley no exigía la declaración de los bienes patrimoniales que quedaban fuera de control y esta situación persistiría hasta la aprobación de la Ley 4/1990, de 23 de abril, por la que modifican determinados artículos de la Ley 5/1984, y por la que se añade un punto tercero al artículo 10 en el que se dispone que «los Altos Cargos a que hace referencia esta Ley formularán además declaración de bienes patrimoniales». Posteriormente, este precepto sufriría una nueva modificación por la Ley 3/1994, de 5 de abril, por la que se determina la incorporación de las declaraciones tributarias al Registro de intereses y bienes de los altos cargos de la Junta de Andalucía, quedando como texto definitivo hasta la derogación de la Ley Andalucía 5/1984 por la Ley Andalucía 3/2005, manifestando que «Los titulares de cargos a que hace referencia esta Ley formularán declaración sobre las causas de posible incompatibilidad con arreglo al modelo que aprobará la Consejería de Gobernación. En dicho modelo deberá constar la referencia a las actividades lucrativas, profesionales, laborales, mercantiles o industriales de quienes accedan a los Altos Cargos, así como declaración de bienes patrimoniales, con expresión de su situación y valor a la fecha de la declaración, incorporando copia de la declaración-liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la del Impuesto sobre el Patrimonio, en caso de estar obligado a ello» (art. 10.1).

Para el cumplimiento de esta obligación el artículo 10 de la Ley Andalucía 5/1984 manifestaba que la declaración por parte de los altos cargos se re-

---

<sup>30</sup> Como manifiesta Meseguer Yebra (2007: 213), «muchos países, entre ellos la mayoría de los incluidos en los estudios del Comité de Administración Pública (PUMA), constituido en el seno de la OCDE, como es el caso de Finlandia, Países Bajos, Reino Unido, Estados Unidos y Australia, poseen instrumentos semejantes al regulado en este precepto, esto es, una declaración de bienes y patrimonio que en algunos sistemas, incluso, se aplica no sólo a altos cargos y miembros del Gobierno, sino también a determinados funcionarios públicos de alto nivel». Con la Ley estatal 5/2006 «se logra extender la obligación de efectuar declaración patrimonial para todo el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de incompatibilidades de altos cargos, dado que con la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sólo debían formularla los miembros del Gobierno, secretarios de Estado, subsecretarios y asimilados».

alzaría con arreglo a un modelo que aprobaría la Consejería de la Presidencia, sin que se estableciese plazo para ello. Posteriormente se atribuiría esta obligación a la Consejería de Gobernación, mediante la Ley 3/1994, de 5 de abril, por la que se determina la incorporación de las declaraciones tributarias al Registro de intereses y bienes de los altos cargos de la Junta de Andalucía, y en el Decreto 140/1992, de 28 de julio, se asignó a la Inspección General de Servicios. Esta competencia pasaría, por Decreto del Presidente 6/2000, de 28 de abril, sobre la reestructuración de Consejerías, a la Consejería de Justicia y Administración Pública al atribuirle las competencias que tenía la Dirección General de Organización Administrativa e Inspección de Servicios para pasar a la Dirección General de Organización, Inspección y Calidad de los Servicios, que pasó a denominarse Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios por el Decreto 305/2008, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Justicia y Administración Pública y que ha sido suprimida en el organigrama de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Decreto 133/2010).

Es significativo que después de todo este periplo no fuese hasta el 2004 cuando, a través de Resolución de 7 de enero de la Dirección General de Organización, Inspección y Calidad de los Servicios, se aprobase el modelo de declaración de actividades y bienes patrimoniales de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía.

La Ley Andalucía 3/2005, a diferencia de su antecesora con todas las modificaciones que sufrió, en esta materia es mucho más parca ya que se limita a recoger la obligación de los altos cargos de formular declaración de sus actividades, bienes e intereses, conforme se establezca reglamentariamente y exigir la presentación de copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas y, en su caso, del Impuesto sobre Patrimonio de cada ejercicio económico. Por el contrario, el Reglamento, Decreto Andalucía 176/2005, resulta muy preciso.

### **1. Deber de declaración de los altos cargos**

La Ley Andalucía 3/2005, en su artículo 11, recoge la obligación de los altos cargos y otros cargos públicos de formular la declaración de sus actividades, bienes e intereses, conforme a lo que se establezca reglamentariamente, es decir, conforme al capítulo II del Decreto Andalucía 176/2005 que, en cuanto a la obligación, reproduce, en su artículo 8.1, el contenido del precepto de la Ley. En este sentido resulta obligado señalar que la normativa andaluza, al igual que el resto, establece la obligación de declarar, el contenido de dicha de-

claración, el plazo y otras cuestiones pero no determina el momento de partida de esa declaración y, por tanto, se entiende que debe versar sobre las actividades, bienes e intereses existentes en el momento del nombramiento y del cese. Sin embargo, si el fin teleológico de esta medida es la transparencia del patrimonio de los altos cargos a lo largo del desarrollo de su función con objeto de eliminar toda duda sobre posibles enriquecimientos durante el mismo, de *lege ferenda* proponemos que la declaración debe abarcar las actividades, bienes e intereses con una anterioridad al nombramiento de un año solo de esta manera puede evitarse que se realicen operaciones de maquillaje justo antes del acceso al cargo<sup>31</sup>.

## **2. La obligación de informar a los altos cargos de sus obligaciones en materia de incompatibilidad**

La normativa andaluza articula un cauce de información, en el artículo 16 del Decreto Andalucía 176/2005, bajo la rúbrica *información en materia de incompatibilidades*, para que los nuevos cargos conozcan las obligaciones que se derivan de su nombramiento. De esta manera se impone, de forma genérica, a la Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios<sup>32</sup>, la obligación de

---

<sup>31</sup> En el caso, entre otras, de la Comunidad de Madrid se exige, aunque se refiera exclusivamente a las actividades, la obligación de efectuar declaración de todas las actividades desempeñadas por sí o mediante sustitución o apoderamiento, durante al menos el último año anterior a la toma de posesión (art. 9 Ley 14/1995, de 21 de abril, de incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid).

<sup>32</sup> En los Decretos 132/2010, de 13 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Gobernación y Justicia, y 133/2010, de 13 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, fruto del Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías, no se contempla la Dirección General de Inspección y Evaluación de servicios. Esta situación podría hacer surgir la duda sobre qué Consejería ejercerá las funciones establecidas en el Decreto 176/2005 a esa Dirección General, pero esta duda queda resuelta en el artículo 3.2 del Decreto del Presidente 14/2010, cuando se asignan «a la Consejería de Hacienda y Administración Pública las competencias actualmente atribuidas a la Consejería de Justicia y Administración Pública ejercidas a través de la Secretaría General para la Administración Pública, la Dirección General de Modernización e Innovación de los Servicios Públicos, la Dirección General de la Función Pública y la Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios» (art. 3.2). Sin embargo, el problema es relativamente más complejo si intentamos determinar a qué centro directivo de la Consejería de Hacienda y Administración Pública debemos entender ahora, referidos a las obligaciones y cometidos atribuidos por el Decreto 176/2005 a la Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios. El Decreto 133/2010, de 13 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, no nos proporciona una directa solución pero podríamos entender que deberían ir referidos a la Secretaría General para la

divulgar las obligaciones en materia de incompatibilidades, pero esta obligación se complementa, a su vez, con la obligación de información a los altos cargos de las obligaciones en materia de incompatibilidades en dos supuestos. El primero de ellos requiere un comportamiento activo y previo por parte de la Dirección General, pues esta obligación surgirá cuando esta tenga conocimiento del nombramiento o cese de un alto cargo como consecuencia de su publicación en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*. En el segundo supuesto, el conocimiento de la Dirección General del nombramiento del alto cargo es consecuencia de la obligación impuesta a las Consejerías, Organismos Autónomos, entidades de Derecho público, empresas públicas, fundaciones y consorcios con participación directa de la Junta de Andalucía superior al 50 por 100, de comunicar a la Dirección General de Inspección y Evaluación en el plazo de un mes, los nombramientos y ceses que efectúen siempre que correspondan a cargos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley 3/2005<sup>33</sup>. Todo ello sin perjuicio de la obligación que se impone a las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de divulgar las obligaciones que se derivan de la Ley Andalucía 3/2005 entre todos los altos cargos y otros cargos públicos de las mismas, organismos autónomos, entes, empresas públicas, fundaciones y consorcios dependientes de ellas.

### **3. Contenido de las declaraciones de actividades, bienes e intereses**

La Ley no concreta, como tampoco hacía su antecesora, las actividades, bienes e intereses que deben ser declarados por los altos cargos, remitiendo a un ulterior desarrollo reglamentario<sup>34</sup>. En este caso, en el Decreto Andalucía

---

Administración Pública en la medida que se hace depender, orgánica y funcionalmente, de ella la Inspección General de Servicios, que desempeñará las funciones atribuidas por el Decreto 314/202, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Inspección General de Servicios de la Junta de Andalucía, entre otras, en materia de incompatibilidades. Sin embargo, este Decreto exclusivamente contempla, como función en materia de incompatibilidades de altos cargos, «la custodia y gestión del Registro de Intereses y Bienes, de acuerdo con la normativa vigente sobre la materia» y, por tanto, el resto de funciones que se atribuían a la supresa Dirección General quedan en una situación de extraña indeterminación competencial.

<sup>33</sup> Véase el artículo 14 Decreto Andalucía 176/2005.

<sup>34</sup> La proposición de ley (8-11/PPL-000008), presentada por Grupo Parlamentario Socialista, actualmente en curso, incide sobre esta cuestión y establece que: «Los altos cargos y otros cargos públicos estarán obligados, conforme se establezca reglamentariamente, a formular declaración de sus actividades, bienes, intereses y retribuciones.

Dicha declaración se extenderá, conforme se establezca reglamentariamente, a las relaciones en materia de contratación con todas las Administraciones públicas y entes participados de los

176/2005 se ha realizado un ejercicio plausible consistente en precisar explícitamente el contenido aportando seguridad jurídica a la materia pues durante la vigencia de la Ley anterior era una Resolución, concretamente por la que se aprobaba el modelo de declaración de actividades y bienes patrimoniales de los Altos Cargos, de 7 de enero de 2004, la que precisaba estos aspectos.

El artículo 9 del Decreto Andalucía 176/2005 dispone que la declaración reflejará, al menos, los siguientes aspectos:

- Cargos y actividades públicas para los que ha sido designado y aquéllos que le corresponden con carácter institucional.
- Pensiones de derechos pasivos o de la Seguridad Social.
- Actividades públicas y privadas que desempeñen por cuenta propia o ajena.
- Bienes inmuebles urbanos y rústicos.
- Saldo en cuentas bancarias a la fecha de nombramiento y cese.
- Acciones y participaciones en capital de sociedades, títulos de deuda pública, fondos de inversión, certificados de depósitos y otros valores mobiliarios, a la fecha de nombramiento y cese y con el deber de actualizarlos a 31 de diciembre de cada año.
- Objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses.
- Bienes muebles y otros bienes y derechos de cualquier clase o naturaleza que posean, cuyo valor supere los 6.000 euros.
- Seguros de vida cuya indemnización supere la cifra de 30.000 euros.
- Créditos, préstamos o deudas que integren el pasivo.

---

miembros de la unidad familiar de los altos cargos y de otros cargos públicos, de acuerdo con los establecido en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio» (*BOPA* núm. 736/2011, de 2 de septiembre).



Sin embargo, para salvaguardar la privacidad y la seguridad de los altos cargos, se establecen una serie de cautelas en cuanto a determinados bienes e intereses; concretamente bienes inmuebles, cuentas bancarias y valores mobiliarios, y vehículos y embarcaciones. Y así, de los bienes inmuebles se omitirán los datos referentes a su localización, incluyéndose exclusivamente sus características, provincia en que se hallen y el valor catastral; de las cuentas bancarias y valores mobiliarios solo se detallará el saldo existente a la fecha de nombramiento y cese, sin olvidar que se deben actualizar a 31 de diciembre de cada año, y, por último en lo que respecta a vehículos y embarcaciones sólo se especificará marca, modelo y valor, determinándose su valor en base a los precios medios de venta que anualmente aprueba el Ministerio de Economía y Hacienda para la gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte. En cuanto a los restantes bienes, se empleará el criterio de valoración del Impuesto sobre el Patrimonio<sup>35</sup>.

En el supuesto de bienes y derechos indivisos se indicará el valor que corresponda según el porcentaje de participación del declarante en el bien o derecho correspondiente.

#### **4. Formas y plazo de presentación de las declaraciones**

Las declaraciones, como establece el artículo 10 del Decreto Andalucía 176/2005, irán dirigidas a la Dirección General de Inspección y Evaluación, ahora Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios<sup>36</sup>, y deberán cumplimentarse siguiendo el modelo que se encuentra en el anexo del Decreto<sup>37</sup>.

Podrá optarse por dos formas de presentación: una «tradicional», consistente en la presentación por escrito en el Registro General de la Conseje-

---

<sup>35</sup> La Ley 19/1991, de 6 de junio, sobre el Impuesto de Patrimonio se ha visto afectada por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, en la medida que el impuesto ya no se devenga pero la Ley continúa vigente y, por tanto, los criterios a los que alude el precepto también.

<sup>36</sup> Véase nota 32.

<sup>37</sup> Este anexo del Decreto Andalucía 176/2005 supone la derogación implícita de la Resolución de 7 de enero de 2004, de la Dirección General de Organización, Inspección y Calidad de los Servicios, por la que se aprueba el modelo de declaración de actividades y bienes patrimoniales de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía.

ría de Hacienda y Administración Pública o en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, o telemática, a través del Registro Telemático único de la Administración de la Junta de Andalucía mediante el portal [www.andaluciajunta.es](http://www.andaluciajunta.es), debiendo, el alto cargo, disponer de un certificado reconocido de usuario que le habilite a utilizar la firma electrónica avanzada.

Una vez recibidas las declaraciones en el Registro, corresponde a la Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios<sup>38</sup> examinar la documentación presentada. En los supuestos, como dispone el artículo 17 del Decreto Andalucía 176/2005, en que se apreciaren carencias documentales o deficiencias formales en la declaración<sup>39</sup>, se requerirá a la persona interesada para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos; teniendo presente que si por la documentación presentada, denuncia u otros medios, se tuviese conocimiento que la persona interesada pudiese estar incurriendo en alguna de las causas de incompatibilidad, el titular de la Dirección General de Inspección y Evaluación<sup>40</sup> lo pondrá en conocimiento de quien ostente la titularidad de la Consejería de Hacienda y Administración Pública para el ejercicio de las acciones pertinentes que procedan según el caso.

En cuanto al plazo para la presentación de las declaraciones, la Ley Andalucía 3/2005 dispone que «la declaración se efectuará en el momento de la toma de posesión, cese o modificación de las circunstancias de hecho...», pero el precepto continúa manifestando que debe hacerse en el plazo que se determine reglamentariamente. Esta redacción no resulta afortunada en la medida que parece que los altos cargos están obligados a presentar la declaración en el momento de la toma de posesión, cese..., pero sin embargo después se remite a un plazo a determinar por reglamento. La única solución interpretativa po-

---

<sup>38</sup> Véase la nota 32. Recordemos que el artículo 13 del Decreto Andalucía 176/2005 manifiesta que «el Registro de actividades, bienes e intereses dependerá de la Consejería de Justicia y Administración Pública, y estará a cargo de la Dirección General de Inspección y Evaluación, a quien corresponde la gestión y control del mismo».

<sup>39</sup> El artículo 17.3 del Decreto considera deficiencias formales: *a)* Omisión de cualquiera de los datos identificativos de la persona declarante; *b)* Confusión, error o imprecisión en las declaraciones de actividades, bienes e intereses; *c)* La existencia, en las declaraciones, de palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, que no estuvieran salvadas por la persona declarante con su firma y *d)* Falta de firma de la persona interesada.

<sup>40</sup> Véase la nota 32.

sible consiste en entender que la toma de posesión, cese... sirven para determinar el *dies a quo* y corresponde al reglamento fijar el *dies ad quem* y únicamente de esta manera se logra dar coherencia a la previsión contenida en el precepto y esta es precisamente la interpretación que ha seguido el artículo 8.2 del Decreto Andalucía 176/2005.

Este último precepto fija el plazo en dos meses desde la toma de posesión<sup>41</sup>, cese o modificación de las circunstancias para presentar las declaraciones<sup>42</sup>; salvo en el caso de las cuentas bancarias de las que solo deberá declararse el saldo a la fecha de toma de posesión y al momento del cese y, como hemos indicado anteriormente para los valores mobiliarios (es decir, acciones, participaciones en capital de sociedades, títulos de deuda pública, fondos de inversión, certificados de depósitos y otros valores mobiliarios) que deberán declararse a fecha del nombramiento y del cese, debiéndose actualizar a 31 de diciembre de cada año<sup>43</sup>.

En el supuesto de que el alto cargo no haya cumplido con su obligación de presentar las declaraciones en el Registro de actividades, bienes e intereses en el plazo de dos meses, previsto en el artículo 8.2 del Decreto Andalucía 176/2005, la Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios le requiera para que las presente en el plazo de diez días<sup>44</sup>. Transcurrido el plazo para realizar las declaraciones y efectuado el requerimiento, la Dirección Ge-

---

<sup>41</sup> El plazo establecido de dos meses en Andalucía es el más común –La Rioja: art. 58.3 Ley 8/2003 y 15 Decreto 30/2004; Asturias: art. 8.2 Ley 4/1995; Navarra: art. 12.2 Ley 19/1996; Murcia: art. 14.1 Ley 5/1994; Madrid: art. 10 Ley 14/1995 o Extremadura: art. 6 Ley 5/1996– aunque también hay excepciones como, por ejemplo, en Cataluña –art. 13 y 6 Decreto 261/1992, Cantabria –art. 15 Ley 1/2008–, El País Vasco, –art. 11 Decreto 129/1999– y Canarias –art. 9.3 Ley 3/1997– que prevén un plazo de tres meses desde el nombramiento.

<sup>42</sup> En la Ley Andalucía 5/1984 el plazo establecido era de tres meses siguientes a la toma de posesión o la modificación de las circunstancias de hecho (art. 10.2). Este plazo fue reducido a dos meses por la Ley 3/1994, de 5 de abril, por la que se determina la incorporación de las Declaraciones Tributarias al Registro de Intereses y Bienes de Altos Cargos de la Junta de Andalucía.

<sup>43</sup> En un sentido similar, también encontramos situaciones particulares, como Murcia que prevé el plazo de dos meses pero reduce el tiempo en el caso del cese a un mes (art. 14.1 Ley 5/1994, de 1 de agosto, del Estatuto Regional de la Actividad Política de la Comunidad de Murcia) o Cataluña que para los casos de modificación delimita el tiempo de presentación de la declaración a un mes.

<sup>44</sup> Véase la nota 32.

neral pondrá los hechos en conocimientos, de quien ostente la titularidad de la Consejería de Hacienda y Administración Pública para que, entendemos, se proceda a la apertura del correspondiente expediente sancionador (art. 16.5 Decreto Andalucía 176/2005)<sup>45</sup>.

### **5. Consecuencias jurídicas de la falta de presentación de las declaraciones**

El Decreto Andalucía 176/2005 prevé, en el caso de que el alto cargo no haya cumplido con su obligación de presentar sus declaraciones en el Registro de actividades, bienes e intereses en el plazo de dos meses, previsto en el artículo 8.2 de esta misma norma, que la Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios le requiera para prestarlas en el plazo de diez días<sup>46</sup>. Transcurrido el plazo para realizar las declaraciones y efectuado el requerimiento, la Dirección General pondrá los hechos en conocimiento de quien ostente la titularidad de la Consejería de Hacienda y Administración Pública para, entendemos, se proceda a la apertura del correspondiente expediente sancionador (art. 16.5 Decreto Andalucía 176/2005).

Esta fórmula no resulta aceptable ya que parece que hace depender de un requerimiento previo de una obligación en mora, el inicio de un posible expediente sancionador. Estas posiciones se ven confirmadas con la lectura de los tipos contemplados en el artículo 15 de la Ley Andalucía 3/2005. Así, en primer lugar, el artículo 15.2.d) de la Ley Andalucía 3/2005 califica como infracción grave «la no declaración de actividades, bienes e intereses, en el correspondiente Registro, tras el requerimiento para ello» y, en segundo lugar, el artículo 15.3 del mismo texto tipifica como infracción leve «la no declaración de actividades, bienes e intereses en el correspondiente Registro, dentro de los plazos establecidos, cuando se subsane tras el requerimiento que se formule al efecto».

---

<sup>45</sup> Véase el epígrafe *Consecuencias jurídicas de la falta de presentación de las declaraciones*.

<sup>46</sup> Véase la nota a pie 32. No debemos confundir este requerimiento con la subsanación prevista en el artículo 17 del Decreto Andalucía 176/2005, abordada en el epígrafe correspondiente a la presentación de las solicitudes, pues en este caso se ha cumplido la obligación de presentación de la declaración en plazo con independencia de los defectos formales o carencias documentales que pudiera tener mientras que en el requerimiento se parte de la premisa de la falta de cumplimiento de la obligación prevista.

De esta manera, y en ambos casos, el requerimiento se convierte en un elemento del tipo sin el cual no será posible apreciar la existencia de la infracción que deriva en una situación de «favor» que carece de justificación alguna pues existe la obligación de la Dirección General<sup>47</sup> y de las Secretarías Generales Técnicas de informar a los altos cargos de sus obligaciones en materia de incompatibilidad. Pero aún en el hipotético caso de que no se hubiera procedido a informar a los mismos no es un argumento para el incumplimiento de los deberes impuestos y aún menos para que sea perseguible la omisión, pues en el primer caso parece que lo que se sanciona en la Ley no es el incumplimiento de la obligación impuesta sino la falta de atención al requerimiento y en el segundo, el retraso en el cumplimiento una vez detectado. Es por ello que no nos parece de recibo condicionar la apertura de un posible expediente sancionador a un previo requerimiento proponiendo, por tanto, de *lege ferenda* la supresión de este requisito del tipo del artículo 15.2.d) de la Ley Andalucía y la eliminación del mismo del artículo 16.3, 4 y 5 del Decreto Andalucía 176/2005.

## 6. Transparencia de las declaraciones: publicidad

La Ley Andalucía 3/2005 dispone, en su artículo 14, que el Registro de Actividades, Bienes e Intereses será público y a su vez manifiesta que el contenido de las declaraciones inscritas se publicarán en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* y estarán disponibles en Internet, concretamente en la página web de la Consejería de Hacienda y Administración Pública –art. 14.2–<sup>48</sup>, con la excepción de las declaraciones del impuesto de la renta –art. 12.2 Ley Andalucía 3/2005 y 14.3 Decreto Andalucía 176/2005–<sup>49</sup>.

Este régimen no es predicable al resto de Comunidades Autónomas que son más recelosas a mostrar la información concerniente a los altos cargos; especialmente la relativa a los bienes y derechos patrimoniales que se inserta en un Registro o en una sección registral, según el caso, que tiene un carácter re-

---

<sup>47</sup> Véase la nota 32.

<sup>48</sup> Concretamente la página es la siguiente: <https://ws037.juntadeandalucia.es/riibp/publica/buscaracp.do>

<sup>49</sup> En este sentido, la exposición de motivos de la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular, ( 8-11/PPL-000010) cuando manifiesta que «unos responsables públicos y una Administración transparentes y ejemplares constituyen un requisito sine qua non para construir y desarrollar una Administración Pública de calidad, generar confianza y prestar un mejor servicio a la sociedad» (BOPA núm. 736/2011, de 2 de septiembre).

servado<sup>50</sup> y exclusivamente se permite el acceso con carácter general al Parlamento, a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo<sup>51</sup> y, en algunas Comunidades, al Consejo de Gobierno, como es el caso, por ejemplo, de Madrid, País Vasco o La Rioja<sup>52</sup>.

La transparencia, por tanto, se erige como un valor fundamental de la legislación andaluza de altos cargos que conduce a Andalucía a situarse en primera línea<sup>53</sup>. Esta cuestión no es baladí, pues como diría el Senado americano con la publicidad de las declaraciones se produce: *a)* aumento de la confianza de los ciudadanos en las instituciones; *b)* la constatación de altos niveles de integridad en la gran mayoría de los cargos o funcionarios; *c)* la evitación del surgimiento de conflictos de intereses; *d)* la disuasión frente a la ocupación de funciones y cargos públicos por parte de personas de suficiente integridad y *e)* una capacitación mas satisfactoria de los ciudadanos para juzgar el rendimiento de sus cargos y funcionarios<sup>54</sup> y, en último caso, la publicidad permite dejar al descubierto los propios principios éticos que se recogen el punto primero del anexo de la Orden 516/2005, de 3 de marzo, que dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Es-

<sup>50</sup> Véanse, entre otros, los artículos 16 Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria; 14.5 Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad; 13 Decreto La Rioja 30/2004; 9.3 Ley Asturias 4/1995; 14.4 Ley 14/1995, de 21 de abril, de incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid; 4.2 Decreto Galicia 165/1995; 10.2 Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; 8 Decreto Canarias 195/1997; 15.4 Decreto Murcia 5/1994 y 15 Decreto País Vasco 129/1999.

<sup>51</sup> En País Vasco también se permite el acceso al Consejero del que dependa –art. 15 Decreto País Vasco 129/1999–.

<sup>52</sup> Véanse los artículos 15 Decreto País Vasco 129/1999, 13.b) Decreto La Rioja 30/2004 y 14.5 Ley 14/1995, de 21 de abril, de incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid.

<sup>53</sup> De esta manera si accedemos a las declaraciones de cualquier alto cargo andaluz podremos apreciar, en primer lugar la declaración de actividades, la declaración de bienes patrimoniales –bienes inmuebles, saldo total de las cuentas bancarias, planes de pensiones, automóviles...– y las deudas o créditos existentes.

<sup>54</sup> Véase García Mexía, (2001: 195).

tado, que son: credibilidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad y honradez. Sin embargo, la publicidad del patrimonio del alto cargo puede plantear algunas dudas pues es muy distinto la obligación de declararlo, cuya oportunidad y necesidad resultan evidentes e incuestionables, que la publicidad del mismo en la medida que se podría poner en riesgo al alto cargo al hacer público su patrimonio y, no solo el suyo, sino el de su cónyuge que implícitamente queda reflejado por ejemplo con los bienes inmuebles. Lo más llamativo es que, al publicarse también en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, muchos años después de su cese cualquiera podría conocer el patrimonio del ex alto cargo en aquel momento, produciéndose un atentado contra el principio de proporcionalidad. Es cierto que en la normativa se prevé en la normativa que, transcurrido dos años desde el cese, la persona que ostente la titularidad de la Dirección General de Inspección y Evaluación de Servicios<sup>55</sup> procederá a la cancelación de los datos obrantes en el Registro pero, como hemos visto, no evitará o cancelará los datos publicados en el *Boletín Oficial*<sup>56</sup>. Por este motivo, proponemos de *lege ferenda* no tanto establecer el carácter reservado de los bienes patrimoniales como restringir el acceso exclusivamente a aquéllos que manifiesten un interés legítimo.

---

<sup>55</sup> Véase la nota 32.

<sup>56</sup> Véase, sobre los límites al acceso a documentos administrativos por interés privado y el derecho a la intimidad, S. Fernández Ramos, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 487 y ss.

*Cuadro resumen del régimen de las declaraciones*

|   |  |  |
|---|--|--|
| <b>Contenido</b>  | <p>Cargos y actividades públicas para los que ha sido designado y aquellos que le corresponden con carácter institucional.</p> <p>Pensiones de derechos pasivos o de la Seguridad Social.</p> <p>Actividades públicas y privadas que desempeñen por cuenta propia o ajena.</p> <p>Bienes inmuebles urbanos y rústicos.</p> <p>Saldo en cuentas bancarias a la fecha de nombramiento y cese.</p> <p>Acciones y participaciones en capital de sociedades, títulos de deuda pública, fondos de inversión, certificados de depósitos y otros valores mobiliarios, a la fecha de nombramiento y cese, y con el deber de actualizarlos a 31 de diciembre de cada año.</p> <p>Objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses.</p> <p>Bienes muebles y otros bienes y derechos de cualquier clase o naturaleza que posean, cuyo valor supere los 6.000 euros.</p> <p>Seguros de vida cuya indemnización supere la cifra de 30.000 euros.</p> <p>Créditos, préstamos o deudas que integren el pasivo.</p> |  |
| <b>Presentación</b>   | <p><i>Plazo:</i> dos meses desde la toma de posesión</p>   | <p><i>Excepciones:</i></p> <p>Las cuentas bancarias que sólo deberán declararse el saldo a la fecha de toma de posesión y al momento del cese.</p>   |
|   |  | <p>Los valores mobiliarios, es decir, acciones, participaciones en capital de sociedades, títulos de deuda pública, fondos de inversión, certificados de depósitos y otros valores mobiliarios, deberán declararse a fecha del nombramiento y del cese; debiéndose actualizar a 31 de diciembre de cada año.</p> |
|   | <p><i>Lugar:</i></p> <p>Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública o en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 o telemática, a través del Registro Telemático único de la Administración de la Junta de Andalucía mediante el portal <a href="http://www.andaluciajunta.es">www.andaluciajunta.es</a></p>   |  |
|   | <p><i>Forma de presentación:</i></p> <p>Modelo que se encuentra en el anexo del Decreto Andalucía 176/2005.</p>  |  |
| <b>Publicidad</b>   | <p>En el <i>Boletín Oficial de la Junta de Andalucía</i> y en la página web de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.</p>   |  |
| <b>Consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber</b> | <p><i>Infracción leve:</i></p> <p>«La no declaración de actividades, bienes e intereses, en el correspondiente Registro, dentro de los plazos establecidos, cuando se subsane tras el requerimiento que se formule al efecto» (art. 15.3 Ley 3/2005).</p> <p><i>Infracción grave:</i></p> <p>«La no declaración de actividades, bienes e intereses, en el correspondiente Registro, tras el requerimiento para ello» [art. 15.2 c) Ley 3/2005].</p>  |  |



## 7. La especialidad de las declaraciones tributarias

Al margen de las declaraciones de actividades, bienes e intereses, la Ley Andalucía 3/2005, en su artículo 12.2, exige la presentación de la copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, en su caso del Impuesto de Patrimonio de cada ejercicio económico<sup>57</sup>, impuesto que, desde la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, ya no se devenga aunque la Ley 19/1991 continúe vigente<sup>58</sup>.

Igualmente resulta significativa la previsión de algunas Comunidades Autónomas –también en la ley estatal– de la posibilidad del alto cargo de presentar la copia de las citadas declaraciones del cónyuge o persona con la que conviva en análoga relación de afectividad<sup>59</sup>. Para que se produzca esta posibilidad se requiere el consentimiento del cónyuge o persona vinculada, pues de otra manera se podrían ver afectados derechos de terceros y, por ello, en algunas normas se requiere expresamente el consentimiento, como es el caso de Galicia<sup>60</sup>, exigiéndose incluso, como por ejemplo en La Rioja, que sea por escrito<sup>61</sup>. Sin embargo, existe una excepción en el caso de Navarra que exige la presentación de esas declaraciones del cónyuge<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> La presentación de las declaraciones tributarias son habituales en la legislación autonómica y así, por ejemplo, Cataluña –art. 12.b) Ley 13/2005–, Cantabria –art. 15.3 Ley 1/2008–, La Rioja –art. 8.3 Decreto 30/2004–, Madrid –art. 10.2 Ley 14/1995– Galicia –arts. 8.1 Ley 9/1996 y 2.4 Decreto 169/1995– Navarra –art. 12.3 Ley 19/1996– Castilla-La Mancha –arts. 4.3 y 5 Ley 6/1994– exigen de igual modo la presentación de las citadas declaraciones aunque existen algunas particularidades como es el caso de Asturias sólo prevé patrimonio –art. 8.1 Ley 4/1995–.

<sup>58</sup> Véase, sobre este particular, Meseguer Yedra (2007: 219 y ss).

<sup>59</sup> Como es el caso, entre otras, de los artículos 15.3 Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria y 10 Decreto La Rioja 30/2004. Asturias –art. 8.1 *in fine* Ley 4/1995– y Galicia –art. 8.1 *in fine* Ley 9/1996– solo se prevé la declaración de patrimonio del cónyuge o de persona vinculada por análoga relación de convivencia.

<sup>60</sup> Cfr. artículo 8.2 Ley 9/1996, de 18 de octubre, de incompatibilidades de los miembros de la Junta de Galicia y altos cargos de la administración autonómica.

<sup>61</sup> Cfr. artículo 10 Decreto La Rioja 30/2004.

<sup>62</sup> Cfr. artículo 12.3 Ley Foral 19/1996, de 4 de noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Esta previsión tiene un antecedente en el Real Decreto 1410/1995, de 4 de agosto, por el que se regulan los Registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos que prevé que el carácter voluntario no lo será para los cónyuges de los altos cargos, que en virtud de una Ley específica, tuvieran la obligación de presentarla (art. 14.3).

Esta declaración deberá presentarse junto con las declaraciones de actividades, bienes e intereses en el plazo previsto para las mismas y abordado *supra*, pero en los años sucesivos deberá presentarse durante el mes siguiente del plazo en que aquellas deban presentarse ante la Administración Tributaria (art. 12.2 Ley Andalucía 3/2005 y 11.2 Decreto Andalucía 176/2005).

La declaración del Impuesto de la Renta del Alto Cargo será depositada en el Registro de Actividades, Bienes e Intereses sin que pueda ser objeto de publicidad alguna como dispone el artículo 12.2 de la Ley Andalucía 3/2005 y el artículo 14.3 del Decreto Andalucía 176/2005.

## BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2009.
- GARCÍA MEXÍA, P., *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, 2001.
- JIMÉNEZ BLANCO, A., «Estatuto de los miembros del Gobierno: deberes, derechos e incompatibilidades», en A.A. VV. (Coord. L. Parejo Alfonso), *Estudios sobre el Gobierno*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1996.
- MESEGUER YEDRA, J., (2007), *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros de los miembros del gobierno y altos cargos de la Administración*, Bosch, Barcelona.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X. A., «As incompatibilidades dos membros da Xunta e demais altos cargos», en *Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 1 (1996).

# **Retroactividad de las normas *versus* derechos adquiridos: A propósito del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público**

*Javier E. Quesada Lumbreras*

Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada

**SUMARIO:** I. EL PLANTEAMIENTO DE LA CONTROVERSIAS. - II. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS RETRIBUCIONES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 1. La retroactividad de las normas y la prohibición del art. 9.3 CE. 2. Los derechos adquiridos y su proyección en el ámbito del empleo público. - III. CONSIDERACIONES FINALES.

## **RESUMEN:**

En el presente artículo varias cuestiones serán analizadas para poder esclarecer la conformidad a Derecho del controvertido texto normativo. En primer lugar, la figura del Decreto-ley, que tanto recelo despierta entre la doctrina, y si en el presente supuesto se han respetado los límites que el art. 86 CE exige para su aprobación. En segundo lugar, y en concordancia con la anterior, la circunstancia de que en esta supuesta extraordinaria y urgente necesidad se haya optado por la reducción, y no la congelación como en otras ocasiones había sucedido, de los salarios de los empleados públicos y, con ello, otorgando materialmente efectos retroactivos a una norma con rango de ley que afecta a derechos individuales. Finalmente y como consecuencia de la anterior, el hecho de que con esta controvertida medida se vuelve a sacar a la luz la también discutida teoría de los derechos adquiridos de los empleados públicos.

## **Palabras clave:**

Empleo público, sistema salarial, retroactividad de las normas, derechos adquiridos.

**ABSTRACT:**

The following article several issues will be analyzed in order to clarify the legality of the controversial legislative text. First, the figure of Decree-Law, that both arouses suspicion among the authorities, and if in this case have been kept within the limits that article 86 CE required for approval. Second, and consistent with the previous, the fact that this alleged extraordinary and urgent need has been chosen to reduce, and not freezing as in the past had happened, the salaries of public employees and it giving retroactive effect to a regulation having the force of law affecting individual law. Finally, and as a result of previous, the fact that this controversial measure was again brought to light also discussed the theory of acquired law of public employees.

**Keywords:**

Public employment, wage system, retroactive legislation, acquired law.

**I. EL PLANTEAMIENTO DE LA CONTROVERSIA**

El pasado 24 de mayo de 2010 fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público<sup>1</sup>. Como establece en su Exposición de Motivos, «la dureza y profundidad de la crisis económica ha llevado a todos los países industrializados a realizar un esfuerzo fiscal significativo para paliar las consecuencias de la crisis y preservar los niveles alcanzados de desarrollo y bienestar».

La evolución de la coyuntura económica, sigue diciendo, «así como los compromisos adoptados por nuestro país en el ámbito de la Unión Europea en defensa de la Unión Monetaria y de las economías de la eurozona, hacen necesario anticipar algunas de las medidas previstas en dichos escenarios con la finalidad de acelerar la senda de consolidación fiscal, restableciendo de esta manera la confianza de los mercados en el cumplimiento de las perspectivas de reducción del déficit». Desde esta perspectiva, el Real Decreto-ley en cuestión

---

<sup>1</sup> En fecha 25 de mayo de 2010 fue publicada «Corrección de errores del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público». Igualmente, en fecha 26 de mayo de 2010 fue publicada la «Corrección de errores del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público».

recoge una serie de medidas de ajuste que tratan de distribuir de «la forma más equitativa posible», dice, el esfuerzo que toda la sociedad debe realizar para contribuir a la sostenibilidad de las finanzas públicas<sup>2</sup>.

En este contexto, habida cuenta de la profundidad del estudio que supondría analizar todas y cada una de las medidas contenidas en el mencionado Real Decreto-ley, el presente trabajo se dirige a examinar fundamentalmente, aunque hagamos referencia también a algunas otras, una de las medidas, la de mayor extensión en el texto normativo y quizás una de las más polémicas que han sido adoptadas por el Gobierno haciendo uso de la habilitación otorgada por el artículo 86 CE.

En efecto, y como hemos podido observar a lo largo de los últimos meses, la polémica está servida. La reducción de la masa salarial del sector público en un 5 por ciento en términos anuales opera tanto sobre las retribuciones básicas como sobre las de carácter complementario de todos los empleados públicos de todas las Administraciones Públicas, valga la redundancia, como deja bien claro el texto normativo<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> En concreto, las medidas adoptadas han sido las siguientes:

1) Reducir, con criterios de progresividad, la masa salarial del sector público en un 5 por ciento en términos anuales.

2) Suspender la revalorización de las pensiones públicas para el año 2011, excluyendo las no contributivas y las pensiones mínimas.

3) Suprimir, para los nuevos solicitantes, la retroactividad del pago de prestaciones por dependencia al día de presentación de la solicitud, estableciéndose, paralelamente, un plazo máximo de resolución de seis meses, cuyo incumplimiento llevara aparejada retroactividad desde la fecha en que se incurra en el mismo.

4) Dejar sin efecto la prestación por nacimiento o adopción de 2.500 euros a partir del 1 de enero de 2011.

5) Establecer una revisión del precio de los medicamentos excluidos del sistema de precios de referencia y la adecuación del número de unidades de los envases de los medicamentos a la duración estandarizada de los tratamientos, así como dispensación de medicamentos en unidosos.

6) Adoptar medidas con el fin de garantizar la contribución de las entidades locales al esfuerzo de consolidación fiscal y de mejora del control de la gestión económica financiera de las citadas entidades.

7) Establecer otras medidas adicionales tendentes a realizar un control más eficaz del gasto público.

<sup>3</sup> No obstante, según expresa el controvertido Real Decreto-ley, con la finalidad de minimizar sus efectos sobre los salarios más bajos las medidas de reducción se aplican con criterios de progresividad para el personal funcionario, dictándose normas específicas para el personal laboral con el fin de reconocer la función de la negociación colectiva y garantizar a la vez la eficacia de la decisión de reducción.

De esta forma, en aplicación del Real Decreto-ley 8/2010, se aprueba la Resolución de 25 de mayo de 2010, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, por la que se dictan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se actualizan con efectos de 1 de junio de 2010 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio<sup>4</sup>.

Estas medidas en materia de empleo público han provocado, de entrada, la modificación de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 en la que se establecía un incremento salarial del 0,3 por ciento en las retribuciones de los empleados públicos.

Sin embargo, y si hacemos un poco de memoria, esta reducción ha afectado también a la Ley 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado para el 2007, la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para 2008 y, la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en las que se venían estableciendo unos incrementos salariales anuales del 2 por ciento sobre la masa salarial de los empleados públicos que suponían, en suma, una actualización de los salarios del 6,3 por ciento sobre la masa salarial del 2006. Por tanto, al efectuar una reducción del 5 por ciento, estos incrementos salariales que se habían consolidado a través de los créditos establecidos en las distintas leyes presupuestarias de los años 2007 a 2010 se retrotraen a cuantías salariales del año 2007<sup>5</sup>.

---

Asimismo, y dado el carácter de funcionarios públicos de notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, se introduce una rebaja arancelaria general del 5 por ciento para los documentos de cuantía, dejando sin cambios los honorarios fijos referidos a los documentos sin cuantía. En este supuesto, se ha optado por aplicar la rebaja sobre el importe de los derechos arancelarios resultante de aplicar la tabla de honorarios en función de la cuantía del documento, sin necesidad de modificar los Reales Decretos reguladores de los aranceles.

<sup>4</sup> Posteriormente, el 2 de junio se publica en el BOE la Resolución de 31 de mayo de 2010, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, por la que se corrigen también errores en la Resolución de 25 de mayo de 2010.

<sup>5</sup> A todo ello hay que sumar, y en virtud de las potestades concedidas por los artículos 36.2 párrafo segundo y 38.10 del EBEP a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, la suspensión parcial de las cláusulas de contenido retributivo contenidas en la Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de septiembre de 2009 y en el que se adopta, entre otras medidas, un incremento

En consecuencia, estamos en presencia de un Real Decreto-ley que por el contenido de sus disposiciones despliega, en la práctica, efectos con carácter retroactivo sobre los derechos económicos de los empleados públicos ya devengados con anterioridad. Son varias, por tanto, las cuestiones que han de ser analizadas para poder esclarecer la conformidad a Derecho del controvertido texto normativo.

En primer lugar, la figura del Decreto-ley, que tanto recelo despierta entre la doctrina, y si en el presente supuesto se han respetado los límites que el art. 86 CE exige para su aprobación. En segundo lugar, y en concordancia con la anterior, la circunstancia de que en esta supuesta extraordinaria y urgente necesidad se haya optado por la reducción, y no la congelación como en otras ocasiones había sucedido, de los salarios de los empleados públicos y, con ello, otorgando materialmente efectos retroactivos a una norma con rango de ley que afecta a derechos individuales. Finalmente y como consecuencia de la anterior, el hecho de que con esta controvertida medida se vuelve a sacar a la luz la también discutida teoría de los derechos adquiridos de los empleados públicos.

En este estado de cosas, y teniendo presente la práctica jurisprudencial con respecto a los decretos-leyes, es clara la dificultad de poder enjuiciar el po-

---

salarial del 0,3% para el año 2010 (recogido en la Ley de Presupuestos del Estado para el año 2010) y una cláusula de revisión salarial que tenía como objetivo de intentar responder al principio del mantenimiento del poder adquisitivo del personal al servicio de las Administraciones Públicas en el periodo de vigencia del Acuerdo, teniendo en cuenta la evolución presupuestaria del IPC, la previsión de crecimiento económico, la capacidad de financiación de los Presupuestos Generales del Estado y la valoración del aumento de la productividad del empleo público derivada de acciones o programas específicos.

Este tema, aunque no vamos a profundizar en él en nuestro trabajo, ha sido también bastante polémico sobre todo en lo que se refiere a la fuerza vinculante de la negociación colectiva y, especialmente, por lo que respecta al personal laboral del sector público. Prueba de ello es la Providencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 30 de septiembre de 2010, que manifiesta sus «dudas sobre la constitucionalidad de la nueva redacción de los artículos de la Ley 26/2009 por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, ya que podría afectar al contenido esencial del derecho a la libertad sindical, regulado en los artículos 7 y 28, 1 CE, en relación con el derecho de negociación colectiva, regulado en el artículo 37, 1 CE...». De hecho, las disposiciones a que hace referencia la Audiencia Nacional se encuentran referidas a la reducción salarial del personal en régimen laboral del sector público. Asimismo, y en cuanto que la reducción de salarios excluye al personal laboral no directivo de determinadas empresas públicas, la citada Providencia señala que «tenemos también dudas sobre la posible afectación al contenido esencial del derecho de igualdad, regulado en el artículo 14 de la Constitución...». Por su parte, y más recientemente, el Auto del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 2011 ha inadmitido esta cuestión de inconstitucionalidad.

sible incumplimiento de los estrictos límites tanto materiales como formales por parte del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, más allá de argumentaciones vinculadas a la oportunidad política o idoneidad de las medidas contenidas en el mismo<sup>6</sup>. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el controvertido texto normativo presenta algunas «dudas razonables» en cuanto al presupuesto habilitante del mismo, esto es, la «extraordinaria y urgente necesidad».

En este sentido, y en un primer acercamiento en el análisis de constitucionalidad del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, una primera causa que es preciso examinar es la que deriva del cumplimiento del requisito de la «extraordinaria y urgente necesidad» al que constitucionalmente está sometida la utilización del Decreto-ley, en la medida en que la utilización de dicha vía supone «una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes» y si existe «conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan» (STC 29/1982, de 31 de mayo).

No se trata, claro está, «de discutir acerca de la bondad técnica de las medidas de ajuste presupuestario acordadas o sobre la oportunidad y eficacia para combatir el déficit público y la crisis económica (...) sino de examinar la correspondencia de las normas contenidas en el Decreto-ley con la situación económica que se trata de afrontar, a fin de controlar la apreciación de la misma como un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad» (STC 182/1997).

Y es que, en efecto, si bien es cierto que la «extraordinaria y urgente necesidad» es un concepto jurídico indeterminado, cuya concurrencia o no en cada caso concreto puede ser revisada por el Tribunal Constitucional (SSTC 29/1982, 6/1983, 29/1986 y 228/1993); no es menos cierto también que se trata de un concepto cuyo contenido, siguiendo en este punto a SANTA-

---

<sup>6</sup> En efecto esta técnica legislativa, que es la que ahora nos corresponde examinar también en este trabajo, ha encontrado no pocas críticas entre nuestra doctrina. Como señala SANTA-MARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo General I*, Ed. Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009, pág. 196), esta técnica «se ha pretendido justificar con los argumentos más variados: la urgencia y la lentitud de los trámites parlamentarios, la división de la tarea legislativa en la emisión de disposiciones de principio y detalle, etc. Ello no debe hacernos olvidar, sin embargo, que la emanación por los gobiernos de normas con rango y fuerza de ley constituye una de las quebras más resonantes de los principios esenciales del constitucionalismo, como lo demuestra que tal posibilidad se halle radicalmente excluida y prohibida en muchos Estados democráticos. Pese a ello, estas formas paralegislativas son entre nosotros, desde hace cerca de un siglo, algo usual y cotidiano, y fueron incorporadas al texto constitucional: de forma sorprendentemente pacífica, por cierto».



MARÍA PASTOR, puede ser precisado parcialmente<sup>7</sup>. De una parte, «la necesidad *extraordinaria* posee un triple contenido: primero, debe tratarse de un supuesto de hecho *no ordinario*, esto es, inusual o de producción infrecuente; segundo, debe tratarse de una necesidad acaecida de modo *imprevisible* o difícilmente previsible (esto es, cuya previsión no resultara normalmente exigible a un Gobierno atento); y, tercero, debe tratarse de una necesidad de *gravedad o importancia singulares*».

De otra parte, sigue diciendo el autor, «la *necesidad urgente* posee, también, un significado triple (y, como la anterior, de exigencia acumulativa): primero, la situación ha de ser *inaplazable*, esto es, de características tales que requieran la adopción inmediata de medidas legislativas productoras de efectos instantáneos, de tal modo que, de no tomarse, se produciría un grave daño a los intereses públicos o privados; segundo, el *lapso temporal* en que tales medidas han de tomarse para evitar el daño debe ser de tal brevedad que haga inútil acudir al procedimiento legislativo, incluso en sus modalidades más abreviadas y expeditivas, de modo que la duración previsible de dicho procedimiento exceda de dicho plazo; y, tercero, debe existir una total *coherencia* (de «conexión de sentido» habla la jurisprudencia constitucional) entre la urgencia de la situación y la naturaleza de las medidas adoptadas, en el sentido de que éstas deben limitarse a la resolución de los aspectos inaplazables del problema a abordar, no de aquellos otros cuya regulación pueda hacerse, más tarde, por los cauces normativos ordinarios».

Desde este planteamiento, el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, presenta, al menos en parte, cuanto menos una difícil justificación constitucio-

---

<sup>7</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho...*, *op. cit.*, pág. 197 y ss. Conviene advertir, no obstante, como dice el autor, «que la línea seguida por el Tribunal Constitucional al controlar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad ha sido, por lo común, muy respetuosa con los respectivos Gobiernos. En los numerosos fallos dictados en esta materia (SSTC 29/1982, 6/1983, 111/1983, 29 y 60/1986, 93/1988, 177/1990, 225 y 228/1993, 182/1997, 11/2002, 137/2003, 189 y 332/2005, entre otros muchos) se ha dicho que, aunque el Gobierno debe explicitar de forma razonada los motivos que le impulsan a acudir a la figura del Decreto-ley, debe reconocerse y respetarse en todo caso el margen de apreciación, de carácter meramente político, del supuesto de hecho habilitante por parte del Gobierno; añadiendo que no corresponde a la jurisdicción constitucional enjuiciar la bondad técnica, la oportunidad o la eficacia de las medidas impugnadas, sino sólo la correspondencia entre las mismas y la situación que se trata de afrontar. Son, en efecto, rigurosamente excepcionales los fallos en que el Tribunal ha anulado un Decreto-ley por ausencia de este requisito; lo cual es una muestra de prudencia política por parte de la jurisdicción constitucional, pero a nuestro juicio un tanto excesiva».

nal en algunas de las medidas «de efectos no instantáneos» que contiene como la congelación de las pensiones a partir del mes de enero de 2011, teniéndose incluso que aprobar antes la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, o, por poner otro ejemplo, las medidas adoptadas con respecto a las entidades locales, que no podrán acudir al crédito público o privado a largo plazo, esto es, «a partir del 1 de enero de 2011 y hasta 31 de diciembre de 2011».

Así, pues, y teniendo en cuenta los fundamentos teóricos y prácticos en que el Real Decreto-ley que estamos examinando se sustenta, nos encontramos con una primera causa de posible inconstitucionalidad por lo que al presupuesto habilitante de algunas de sus medidas se refiere.

Por lo demás, resta analizar concretamente una de las medidas adoptadas y que, como apuntábamos más arriba, ha suscitado mayor polémica: la reducción de los salarios de los empleados públicos. Un tema, sin lugar a dudas, muy sensible no sólo por la dimensión que alcanza la adopción de este tipo de medidas sino más aún porque en ella, es decir, por los efectos que despliega esta controvertida medida, se esconde uno de los debates más intensos entre nuestra doctrina que debe ser también aquí planteado, a saber: la retroactividad de las normas jurídicas.

De esta forma, en las páginas que siguen nos dispondremos a analizar la posible inconstitucionalidad de esta medida. Lo que nos llevará inevitablemente a examinar hasta dónde llega el respeto a los derechos de los adquiridos de los empleados públicos y, en consecuencia, si nos encontramos ante un supuesto de vulneración del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales consagrado en el art. 9.3 CE.

## II. EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS: EN BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN «PACÍFICA» AL CASO CONCRETO

### 1. La retroactividad de las normas y la prohibición del art. 9.3 CE

En primer lugar, y ante un tema tan amplio como ante el que nos encontramos, es preciso poner de manifiesto la falta de consenso doctrinal y jurisprudencial sobre el concepto de retroactividad. En efecto, la delimitación de

cuando una norma es retroactiva ha sido y sigue siendo el principal campo de batalla en este ámbito, hasta el punto de hacer recaer en dicha noción todo el peso de la argumentación sobre el principio de irretroactividad.

La equívocidad del concepto de retroactividad y su carácter centralmente «vago» lo hacen especialmente versátil para ser expandido o contraído según los casos, produciendo un elevado grado de incertidumbre en torno al ámbito de aplicación del principio de irretroactividad<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Es preciso poner de relieve que las numerosas construcciones doctrinales sobre la retroactividad normativa han sido elaboradas mayoritariamente en el ámbito del Derecho privado –a excepción de los trabajos de DUGUIT y JEZE, cuyas tesis sobre la distinción entre situaciones legales y situaciones individuales han tenido una relevante influencia en el ámbito iuspublicista, sobre todo en materia de función pública–. En este sentido, aunque proyectado en el ámbito tributario, resulta de sumo interés el trabajo de MACHO PÉREZ, A.B.: «El principio de irretroactividad en Derecho tributario», Barcelona, 2005. Como señala la autora, el apogeo de las teorías doctrinales sobre el principio de irretroactividad tuvo lugar a lo largo del siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX. Aunque el principio de irretroactividad, existente como regla no escrita desde el Derecho antiguo griego, había sido formulado como principio de Derecho positivo ya en el Derecho romano (año 440 d. C., en la célebre «regla teodosiana»), e interpretado por jurisconsultos de la época y post-glosadores medievales, la consolidación de su presencia en los sistemas jurídicos occidentales no tuvo lugar hasta la codificación civil y el movimiento constitucional, a finales del s. XVIII, que impulsaron la colosal producción bibliográfica posterior. Desde entonces, como bien señala el Profesor De Castro, «se han levantado pequeños, grandes y hasta monumentales sistemas dogmáticos sobre el alcance de la retroactividad» (DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Madrid, Cívitas, 1984, pág. 640), de los que pueden destacarse, entre otros muchos, los trabajos de GABBA (1868), DUGUIT (1910) y ROUBIER (1929).

Sin embargo, el principio de irretroactividad –tradicionalmente considerado un principio jurídico sobre aplicación temporal de normas y, a lo sumo, una máxima de prudencia política para el Legislador– ha experimentado, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, un progresivo proceso de expansión en las siguientes direcciones apuntadas por LÓPEZ MENDUO (*El principio de irretroactividad...op. cit.*, págs. 25 y ss.): a) Con la consolidación del sistema europeo de control de constitucionalidad, la garantía de irretroactividad se ha erigido también como límite frente al Legislador, más allá del estricto ámbito penal. La jurisprudencia constitucional ha desempeñado un papel determinante en este proceso, extendiendo la garantía de irretroactividad en el Estado de Derecho más allá de su consagración en el texto constitucional; b) La potestad reglamentaria ha consolidado su protagonismo, tanto cuantitativa como cualitativamente, en los sistemas normativos contemporáneos. La diversidad de su fundamento y posición en el sistema de fuentes respecto a las Leyes obliga a la formulación de criterios específicos y diversos sobre el principio de irretroactividad.

De esta forma, la importancia que habían tenido los sistemas dogmáticos iusprivatistas hasta mediados del siglo XX es reemplazada por el protagonismo de la jurisprudencia constitucional. En nuestro ordenamiento, este cambio de perspectiva en el análisis del principio de irretroacti-

Entre nuestra doctrina se ha venido acogiendo un concepto amplio de retroactividad, descriptivo de la diversa incidencia que puede tener la nueva ley en las situaciones jurídicas existentes al tiempo de su entrada en vigor, generalmente mediante una gradación tripartita: retroactividad de grado máximo, de grado medio y de grado mínimo, según la clásica formulación del Profesor DE CASTRO y que ha sido acogida también por el Tribunal Constitucional.

Así, la retroactividad de grado máximo (también conocida como auténtica) se produce «cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas»; la de grado medio o impropia «cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aun no concluidas»; y, por último, la de grado mínimo se produce cuando la nueva ley «alcanza a los efectos futuros de las situaciones generadas bajo la ley anterior» (SSTC 42/1986, de 10 de abril; 126/1987, de 16 de julio; 197/1992, de 19 de noviembre; 173/1996, de 31 de octubre; y, 182/1997, de 28 de octubre).

Sin embargo, con esta concepción tan amplia de la retroactividad no es posible delimitar un ámbito vinculante para los poderes públicos en el sentido de definir una retroactividad no permitida como límite frente al Legislador o el titular de la potestad reglamentaria.

Por ello, y ante la tradicional confusión en que ha estado sumido el principio de irretroactividad, la Constitución de 1978 viene a marcar un punto de inflexión en el tratamiento de este principio. La Constitución, en palabras de LÓPEZ MENUDO, «haciéndolo mal o bien según cada cual lo mire, ha incidido sobre el tema con una aportación insólita que brinda un asidero, un punto de apoyo de que antes se carecía: la positivación de unos límites a la retroactividad, la consagración al máximo rango normativo de un principio prohibitorio». Se trata, sigue diciendo el autor, «de un punto de apoyo sin precedentes, muy válido, si bien quede al intérprete la no fácil tarea de esclarecer los confines exactos de la prohibición»<sup>9</sup>.

---

vidad no se produce hasta la década de los ochenta con la constitucionalización de la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales en el art. 9.3 CE.

<sup>9</sup> LÓPEZ MENUDO, F.: «El principio de irretroactividad...», *op. cit.* pág. 77. Como señala el autor, «la moderna doctrina, inspirada en la jurisprudencia alemana pretende dar respaldo definitivo a esa dualidad acuñando un nuevo término “retrospectividad” para todos aquellos supuestos de retroacción permitida, con lo cual queda erradicada, proscrita, la voz “retroactividad” para todo lo que no sea la retroacción prohibida, esto es, la genuina –y ya única– acepción

Por su parte, LEGUINA VILLA ha deducido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las siguientes conclusiones en relación con el principio de irretroactividad<sup>10</sup>:

1) Hay retroactividad cuando una norma dictada pro futuro afecta, sin embargo, a situaciones jurídicas, agotadas o perfectas, o a efectos ya producidos de situaciones anteriores. Pero esta retroactividad sólo resulta constitucionalmente ilícita cuando se trate de normas sancionadoras no favorables o en la medida que restrinjan derechos individuales (STC 27/1981, de 20 de julio).

2) El art. 9.3 sanciona tanto la irretroactividad de las normas penales y sancionadoras desfavorables o *in peius* como, *a contrario sensu*, la retroactividad de las que resulten favorables o *in bonus* (SSTC 8/1981, de 30 de marzo; 151/1981, de 7 de mayo; y, 51/1985, de 10 de abril).

3) La retroactividad de la ley penal favorable supone la aplicación íntegra de la nueva ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, siempre que el resultado final suponga beneficio para el reo. Pero «no es aceptable... utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues, en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en uso correcto de la potestad ju-

---

de la retroactividad. La “retrospectividad” palabra que en nuestro lenguaje no logra decir lo que se pretende, sino más bien lo contrario viene a ser el equivalente de la “aplicación inmediata”, expresión esta última que, por su parte, deja lucir a las claras toda la carga dialéctica subyacente sobre este enrevesado tema. En puridad, la “aplicación inmediata” es un efecto típico de las normas que no merecería ser resaltado, pero se usa con una connotación beligerante en la sede de su confrontación con la idea de retroactividad...». Se puede decir que la Constitución ha contribuido de forma decisiva a la formación de esa dicotomía, sigue diciendo el autor, «según la cual una norma es retroactiva si traspasa los límites prohibidos por la Constitución en su artículo 9.º.3 y no lo es si no rebasa esos límites aun cuando incida, aunque sea hacia el futuro, sobre situaciones y relaciones jurídicas latentes venidas de un tiempo anterior; o dicho de otro modo: aunque produzca una retroacción suave, pero al cabo retroacción, como desde siempre han sido denominados esta clase de efectos. Pero esta retroacción “blanda” y no prohibida ya no tiene de retroacción, como hemos advertido, ni siquiera el nombre; se la intenta bautizar como “retrospección” para que así no se confunda en ningún caso con la retroacción que se considera verdadera. En efecto, cada vez con más frecuencia se utiliza la contraposición retroactividad propia e impropia, quedando postergado el uso de los clásicos conceptos de retroactividad de grado máximo, medio y mínimo». Así, las SSTC 126/1987, de 16 de julio; 197/1992 de 19 de noviembre; 205/1992 de 26 de noviembre; y, 182/1997 de 28 de octubre, entre otras.

<sup>10</sup> LEGUINA VILLA, J.: «Principios generales...», *op. cit.*, pág. 30.

risdiccional que le atribuye el art. 117 de la Constitución, sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen (STC 131/1986, de 29 de octubre; y, ATC 369/1984, de 24 de junio).

4) La prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras o limitativas de derechos individuales alcanza tanto a los reglamentos como a las leyes. Pero, excluido ese ámbito objetivo de la prohibición, «nada impide constitucionalmente que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno» (STC 27/1981, de 20 de julio). Ello es así porque una interdicción absoluta de la retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas, que son contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2» (SSTC 8/1982, de 4 de marzo; 6/1983, de 4 de febrero; y, 108/1986, de 29 de julio)<sup>11</sup>.

En suma, como expresa el Tribunal Supremo acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, «...a veces, las cuestiones que se presentan no pueden resolverse a *priori* y con carácter general: de ahí que las disposiciones puedan determinar la retroactividad o la irretroactividad de las mismas, siempre que con ello no se vulnere el imperativo mandato que se contiene en la Constitución y en el Código Civil que prohíben que se dé carácter retroactivo a una norma cuya aplicación pueda perjudicar los derechos individuales» (STS de 16 de junio de 1995).

El propio Tribunal Constitucional, sigue diciendo, «ha diferenciado entre una retroactividad auténtica (disposiciones normativas que, con posterioridad, pretenden anudar efectos *ex novo* a situaciones de hecho producidas o desarro-

---

<sup>11</sup> La dicción del art. 9.3 ha planteado diversas cuestiones entre las que destacan las relativas a la interpretación que haya de dársele a los términos «disposiciones» y «derechos individuales», cuestión ésta última que analizaremos más adelante cuando abordemos propiamente el tema de los derechos adquiridos. Respecto al término «disposiciones», un sector doctrinal encabezado por GARCÍA DE ENTERRÍA (*Curso de Derecho...*, *op. cit.* 94 y ss.) ha aludido a que dicho término debía ser interpretado en forma estricta y, por tanto, reducirse a las disposiciones administrativas o reglamentos, basándose tanto en la consideración terminológica existente en nuestro ordenamiento de las disposiciones administrativas como reglamentos, como en interpretación de la prohibición art. 83 b) CE y por último, por la incompatibilidad de los *iura quaesita* con el Estado Social y Democrático de Derecho. Frente a dicho argumento LÓPEZ MENUDO (*El principio de irretroactividad...* *op. cit.*, págs. 725 y ss.), con apoyo en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1981, ha defendido cómo el término disposiciones engloba asimismo a normas con rango legal.

lladas con anterioridad a la propia norma) y una retroactividad impropia (disposiciones que pretenden incidir sobre situaciones actuales no concluidas); y sólo la primera es la realmente prohibida por el art. 9.3 de la CE» (SSTC 27/1981, 6/1983, 126/1987, 150/1990, 173/1996, 234/2001, 116/2009).

Todo esto conduce a la paradoja, como señala LÓPEZ MENUDO, de que la prohibición que la Constitución consagra «cubre sólo un pequeño tramo, si bien el más duro y peligroso, de un concepto de retroactividad –ahora monista– que ha estado tradicionalmente diversificado en una serie de grados. La Constitución convierte la retroactividad en un monismo coincidente con el «grado fuerte» y deja fuera de la prohibición y, consiguientemente, del concepto mismo de retroactividad, el gran tramo compuesto por sus grados medio y mínimo, que es precisamente el gran espacio en el que se libran las contiendas reales y ordinarias sobre la aplicación de las normas en el tiempo. La mayor parte de la idea de retroactividad se disuelve, desaparece del concepto y con ello se genera esa antítesis maniquea que venimos exponiendo: existe la retroactividad (la de grado máximo); sus restantes formas constituyen una “retroactividad impropia”, mera “retrospectividad” o, simplemente, tal retroactividad no existe»<sup>12</sup>.

Desde esta perspectiva, como sigue diciendo el autor, «es posible sostener un concepto estricto de retroactividad, como hemos defendido, en el bien entendido de que en el principio de irretroactividad no se agota el control de constitucionalidad, pues desde esos otros principios complementarios también cabe hacer un control de cualquier ley, aunque los efectos de esta se proyecten sólo hacia el futuro, o sea, aunque sólo comporten una “aplicación inmediata”. Sólo por ello es posible sostener un concepto de retroactividad circunscrito a su “grado fuerte”. Y este es el reto de futuro y el camino a recorrer una vez que el TC parece tener claro hasta dónde llega y en qué punto se queda el control de las leyes desde la garantía de la irretroactividad»<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> LÓPEZ MENUDO, F.: «El principio de irretroactividad...», *op. cit.*, pág. 81 y ss. A partir de ahí cualquier otra lesión injusta que la «aplicación inmediata» hacia el futuro de una ley produzca en su choque con las relaciones en curso habrá de ser medida y en su caso reparada a través de otros principios constitucionales concomitantes (seguridad jurídica, confianza legítima, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así, entre otras, STC 126/1987 de 16 de julio; 150/1990 de 4 de octubre, RRII 243 y 257/1985; 197/1992 de 19 de noviembre, CCII 1892/1988 y 1096-1883/1989; 173/1996 de 31 de octubre, CCII 3563/1993 y otras acumuladas; 273/2000 de 15 de noviembre, CI 565/1994.

<sup>13</sup> LÓPEZ MENUDO, F.: «El principio de irretroactividad...», *op. cit.*, pág. 84-85.

Hoy en día, como apunta VAQUER CABALLERÍA, «no hay derechos subjetivos trascendentes al Derecho positivo, sino que todos los ha perfeccionado su titular de conformidad con el ordenamiento jurídico, ya sean inherentes a la personalidad ya adquiridos mediante un hecho, un acto o un contrato. Sobre esta base, debemos evitar seguir planteando el problema de la retroactividad de las normas restrictivas de derechos subjetivos como un conflicto entre los derechos subjetivos y el Derecho objetivo, porque no cabe tal, sino que se trata de una cuestión de sucesión en la eficacia temporal de las normas, es decir, un límite impuesto por el Derecho objetivo (la Constitución) a la disponibilidad sobre los efectos temporales de la sustitución de una regla de Derecho objetivo por otra posterior»<sup>14</sup>.

Y, precisamente, aquí, en esos otros principios constitucionales complementarios (seguridad jurídica, confianza legítima, interdicción de la arbitrariedad, etc.) es donde entra en juego la protección de los derechos adquiridos como un límite a la posible retroactividad de las normas jurídicas que, debido al mismo, no van a poder afectar a derechos plenamente consolidados. Un concepto éste, el de los derechos adquiridos, que como venimos manteniendo presenta también no pocos problemas de interpretación en cuanto a su alcance y límites en su aplicación.

## 2. Los derechos adquiridos y su proyección en el ámbito del empleo público

Si con anterioridad habíamos apuntado la falta de consenso doctrinal en torno al concepto de retroactividad, la misma afirmación podemos extrapolar aquí para la llamada teoría de los derechos adquiridos. Una coincidencia que,

---

<sup>14</sup> VAQUER CABALLERÍA, M.: *La eficacia territorial y temporal de las normas*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, págs. 74 y 75. Prueba de ello, y como señala también el autor, es el hecho de que «el Alto Tribunal ha añadido después entre los derechos cuya restricción está vedada a las disposiciones retroactivas los situados “en la esfera general de protección de la persona” (por todas, SSTC 42/1986, de 10 de abril, F.J. 3º, 104/2000, de 13 de abril, F.J. 6º, 131/2001, de 7 de junio, F.J. 5º y, últimamente, 89/2009, de 20 de abril, F.J. 3º), inciso éste de perfiles inciertos y que parece encubrir una recuperación general de los derechos adquiridos como límite a la retroactividad de las normas, que es justamente lo que se había rechazado. Habida cuenta de que todos los derechos subjetivos tienen a personas por titulares, no es fácil dilucidar cuáles de ellos no se insertan “en la esfera general de protección de la persona” mientras el Tribunal Constitucional no aclare esta peculiar incorporación en su doctrina, desde entonces muchas veces reiterada pero no precisada». En el mismo sentido, LÓPEZ MENUDO, F.: «El principio de...», *op. cit.*, pág. 96.



no obstante, no es casual si tenemos en cuenta que nos encontramos ante la primera gran construcción doctrinal sobre los límites a la retroactividad de las normas jurídicas.

Sin embargo, si bien es cierta la fortaleza de la clásica teoría de los derechos adquiridos a lo largo del tiempo e, incluso, en la actualidad, no son menos ciertas también las numerosas críticas recibidas, referidas tanto a la delimitación del concepto de *ius quaesitum* como a la defensa de su pretendida intangibilidad, con carácter indefinido. Precisamente, las principales críticas han censurado la propia indefinición de la categoría de *ius quaesitum* y su elasticidad para permitir la inclusión o exclusión de supuestos, según se quiera o no rotularlos con la «etiqueta» de derecho adquirido, a fin de protegerlos de la nueva ley<sup>15</sup>.

En efecto, como la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha aclarado, «el artículo 9.3 de la Constitución no ha acogido la huidiza teoría de los derechos adquiridos y no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo primero de la Constitución. En otros términos, la aceptación de aquella teoría conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la

---

<sup>15</sup> Como señala MACHO PÉREZ («El principio de irretroactividad en Derecho tributario», Barcelona, 2005, págs. 149 y ss.): «Con origen a principios del siglo XIV, la doctrina de los derechos adquiridos ha destacado por su extensión temporal y su “monumental” producción bibliográfica. Llegó a su máximo apogeo en el siglo XIX, tuvo una gran influencia en el movimiento codificador, e incluso actualmente, a pesar de las fuertes y numerosas críticas que ha recibido a lo largo de todo el siglo XX, mantiene cierta impronta, sobre todo en la jurisprudencia». Así autores como PFEIFFER, AFFOLTER, HOFMANN, GABBA, LASSALLE MEYER o LAURENT, entre otros muchos proporcionan un abundante material bibliográfico sobre la materia.

Por su parte, las críticas doctrinales a la teoría de los derechos adquiridos, formuladas desde mediados del s. XIX, se canalizaron a través de diversas vías como señala la autora: «En primer lugar, hubo doctrinas dirigidas a superar dichas críticas, pero sin abandonar la perspectiva del derecho adquirido; la principal aportación a este respecto es la ofrecida por la teoría de SAVIGNY. También se elaboraron nuevas teorías sobre la retroactividad, a partir de criterios distintos: unas, materialmente vinculadas a la doctrina de los derechos adquiridos, como la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas de DUGUIT y JEZE; y otras, desde una perspectiva distinta —la de los hechos y relaciones jurídicas de carácter objetivo—, como la doctrina de los “*facta praeterita*” y la teoría de ROUBIER. También se origino, por último, una corriente doctrinal escéptica en cuanto a los resultados de estas teorías sobre la retroactividad, que optó por renunciar a una construcción dogmática de Derecho intertemporal y prefirió dejar a la interpretación jurídica la averiguación de los diversos grados de retroactividad.

petrificación de situaciones dadas, que son contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2» (SSTC 27/1981, 108/1986, 99/1987, 227/1988, 178/1989).

Ahora bien, como matiza BARRERO RODRÍGUEZ, «la insuficiencia de la teoría de los derechos adquiridos como elemento determinante de las situaciones jurídicas que ante una transformación normativa deben merecer la protección del Derecho, no supone la pérdida de valor de una institución en la que se expresan las garantías propias del principio de seguridad jurídica, en la actualidad reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución, y que sigue desempeñando, como se verá, un papel determinante en el ámbito del Derecho intertemporal. Los derechos adquiridos han estado siempre engarzados, sin duda, a la idea de seguridad jurídica, principio que siempre ha estado presente en el ordenamiento jurídico con un carácter ambivalente»<sup>16</sup>.

Y es que, en efecto, es en los momentos de cambio legislativo cuando la tensión entre el principio de seguridad jurídica y otros principios y valores del orden constitucional se manifiesta con más fuerza y donde la protección de los derechos adquiridos, como principio derivado del de seguridad jurídica, puede ayudar en la búsqueda del equilibrio deseable entre las diversas opciones constitucionales posibles. La aplicación del principio de seguridad jurídica y su propia posición en el contexto constitucional exigen buscar, pues, el adecuado equilibrio, «sopesando y equilibrando el juego de ambos principios en el caso concreto» (STC 63/1982, de 20 de octubre)<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «El respeto a los derechos...», *op. cit.*, pág. 144. Como señala la autora, la determinación de los derechos incardinables en esos «derechos individuales» a los que se refiere el artículo 9.3 CE constituyen, como es sabido, uno de los problemas interpretativos más importantes del precepto; problema hoy resuelto por la propia jurisprudencia constitucional, pero que, en su día, sería objeto de posiciones doctrinales radicalmente enfrentadas. De una parte, la defendida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, para quién los «derechos individuales, del 9.3 CE coinciden con el conjunto de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución (*Curso de Derecho Administrativo, I*, 6ª ed., Madrid, Cívitas, 1993, págs. 83-92); de otra, la sustentada por F. LÓPEZ MENDUO, que, en términos más restrictivos, defendió la equiparación de esos derechos con los derechos fundamentales y libertades públicas, los reconocidos en los artículos 15-29 de la CE (*El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas, op. cit.*, págs. 216-227). El Tribunal Constitucional se decantó por esta última tesis en una jurisprudencia resumida, más tarde, por el propio F. LÓPEZ MENDUO («El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional», *op. cit.*, págs. 486-492). En la misma línea se pronunciarán posteriores Sentencias. *Vid.*, por todas, la 104/2000, de 13 de abril.

<sup>17</sup> En la misma línea, búsqueda del equilibrio entre la seguridad y los necesarios cambios económicos y sociales, se pronunciaba el TJCE que, en los casos SCHLUTER y BALKAN, núm. 5/1973 y 9/1973, respectivamente, aludía que: «si las instituciones deben velar, en el ejercicio

De esta perspectiva, la exigencia del art. 9.3 CE relativa al principio de seguridad jurídica implica que «el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas» (STC 46/1990, de 15 de marzo). El ámbito de la seguridad jurídica es, por tanto, promover la certeza, no entrar en conflicto con otros valores constitucionales respecto de los cuales se ha de buscar el equilibrio (SSTC 150/1990, 142/1993, 173/1996, 49/1999, 104/2000, 235/2000 y 89/2009)<sup>18</sup>.

De esta forma, la protección de los derechos adquiridos como una manifestación del principio de seguridad jurídica reconocido también en el art. 9.3 CE constituye, en este sentido, un límite a la posible retroactividad de las normas jurídicas que no van a poder afectar a derechos plenamente consolidados.

Como ya indicó la STC 99/1987, de 11 de junio, la eficacia y protección del derecho individual –nazca de una relación pública o de una privada– dependerá «de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo. Por eso se ha dicho que la doctrina –y la práctica– de la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos con-

---

de sus poderes, para que las cargas impuestas a los operadores económicos no superen lo que sea necesario para conseguir los objetivos que la autoridad está obligada a realizar, de ello no se deduce que esta obligación deba ser medida con relación a la situación particular de un grupo determinado; semejante evaluación, dada la multiplicidad y complejidad de las situaciones económicas, serán no solamente irrealizable, sino que constituiría también una fuente perpetua de inseguridad jurídica”.

<sup>18</sup> La Constitución, como señala BARRERO RODRÍGUEZ («El respeto a los derechos...», *op. cit.*, pág. 148), «consagra otros principios que conjuntamente con la seguridad jurídica vienen igualmente a erigirse en freno de una acción normativa desconocedora de las situaciones jurídicas existentes; entre ellos, los de irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos reconocidos también en el artículo 9.3 de la Constitución, y que, al decir del Tribunal Constitucional, guardan «estrecho parentesco» con la propia seguridad, y también el principio de responsabilidad de los Poderes públicos establecido en ese mismo artículo y apartado y la garantía indemnizatoria establecida en el artículo 33.3 de la Constitución para los supuestos de expropiación forzosa».

A todo ello, como afirma LAVILLA ALSINA (*Seguridad jurídica y...*, *op. cit.*, pág. 93), «se orienta también –en el plano quizá más cualificado y relevante– las prescripciones constitucionales e infraconstitucionales sobre los órganos y las funciones del poder judicial y de la justicia constitucional, que amparan el conjunto de derechos y libertades públicas, con específica y trascendente manifestación en la garantía del derecho (que es igualmente un derecho de garantía) a la tutela judicial efectiva».

solidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto y los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo»<sup>19</sup>.

No obstante, y entrando ya en el concreto campo del empleo público, la teoría de los derechos adquiridos encuentra importantes modulaciones. El Tribunal Constitucional, en concreto, no acepta que se produzca la retroactividad prohibida cuando la norma afecta a situaciones objetivas como es, por ejemplo, la situación en que se encuentra un funcionario, pues, «el legislador puede modificar las condiciones de prestación de servicio que han sido fijadas por una norma legal o reglamentaria» (STC 178/1989, de 2 de noviembre)<sup>20</sup>.

En este sentido, las normas que tienen una proyección de futuro no implican, en principio, supuestos de retroactividad prohibida por la norma fundamental. Al respecto la STC 42/1986 declaraba que «esta doctrina conduce a rechazar la supuesta vulneración del principio de irretroactividad; pues las disposiciones impugnadas para nada alteran situaciones ya agotadas o perfectas, sino que se limitan a establecer para el futuro la consecuencia jurídica (la jubi-

---

<sup>19</sup> Por lo que se plantea la necesidad, como veremos más adelante, de diferenciar los derechos individuales consolidados en el patrimonio del sujeto de las simples facultades o expectativas que no constituyen sino situaciones provisionales en que los derechos se encuentran en una fase de formación y que, por tanto, no suponen un límite a la acción del legislador.

<sup>20</sup> Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho...*, *op. cit.*, págs. 94 y ss.: «El tema de la posible eficacia de los derechos adquiridos como posible obstáculo a un cambio de regulación ha solido abordarse en Derecho Administrativo desde una famosa categorización de situaciones jurídicas que formuló a principios del siglo XX DUGUIT. Existen, pro una parte, ciertas situaciones que serían objetivas, legales o reglamentarias, porque son generales y configuran *status* jurídicos de todas las personas a las que se refieren en cuanto que tienen su origen directo en la ley o norma que las creó y no en acto o resolución alguna, que, de existir, no sería otra cosa que una mera condición de la aplicación de la Ley misma. Nacidas directamente de la ley, tales situaciones (las relativas al estado y capacidad de las personas, a la nacionalidad, al estado familiar, al régimen de la propiedad, etc.), habrían de seguir en todo momento las vicisitudes de la propia ley que las dio vida, cuya ulterior modificación, sustitución o abrogación por otra ley posterior no podría considerarse por ello atentatoria contra los derechos en su día reconocidos a sus titulares por la norma primitiva.

Otras situaciones jurídicas son, por el contrario, subjetivas, individuales, especiales, en la medida en que su contenido y alcance concretos resultan de un acto o negocio jurídico y, por lo tanto, de la voluntad particular de quienes emiten el acto o concluyen dicho negocio, no de la ley, que se limita a hacer posible aquél o éste (un contrato de arrendamiento, compraventa o préstamo, por ejemplo). Dado su origen en la voluntad negocial, los derechos creados por el acto o negocio en cuestión no podrían ser legítimamente alterados por una norma posterior a su conclusión».

lación) de un supuesto genérico (cumplir determinadas edades) que aún no ha tenido lugar respecto de los sujetos afectados»<sup>21</sup>, y la STC 188/1988 incidía de nuevo en dicha consideración aludiendo a que «la regla no es retroactiva en el sentido impedido por el art. 9.3 CE, pues se proyecta pro-futuro, sin afectar a los derechos consolidados por la prestación, derechos que pueden seguir disfrutando...».

Como podemos comprobar, la jurisprudencia ha sido bastante cautelosa e incluso restrictiva a la hora de determinar la existencia de los derechos adquiridos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha deslindado éstos de las meras expectativas de derechos.

Distinguiendo, incluso, a estos efectos, entre derechos pendientes, condicionados, futuros, meras expectativas y auténticos derechos adquiridos (SSTC 42/1986, de 10 de abril y 70/1988, de 19 de abril). Por tanto, cabría preguntarnos ¿qué se protege bajo la «etiqueta» de los derechos adquiridos? y, más concretamente, ¿se puede hablar de alguna protección de estos derechos en el campo del empleo público?

A estos interrogantes nos da respuesta BARRERO RODRÍGUEZ recogiendo las muchas expresiones doctrinales y jurisprudenciales al uso. Así, el derecho adquirido puede identificarse con «el derecho reconocido, el derecho subjetivo perfecto, “el patrimonializado por un sujeto”, el incorporado a su patrimonio. Los derechos adquiridos son, en otros términos que reflejan esa misma realidad, aquellos derechos de los que, según dice la STS de 24 de marzo de 1997, se han “dado todos los elementos de los que, conforme a dicha norma, depende su nacimiento”; lo que es lo mismo, los derechos consolidados para los que se requiere, como expresa la STS de 24 de octubre de 2000, “la concurrencia de cuantos requisitos sean necesarios para el perfeccionamiento del acto, según las exigencias de la anterior normativa”, definiciones, por otra parte, en las que también viene a coincidir la doctrina».

De esta forma, sigue diciendo la autora, «aunque el Tribunal Constitucional niegue, pues, que la categoría de los derechos adquiridos haya sido constitucionalizada, su jurisprudencia reconoce así la existencia de situaciones jurí-

---

<sup>21</sup> No ampara tampoco, en materia funcional y de derechos pasivos, la norma que establece la integración de las mutualidades de previsión de funcionarios en la seguridad social (STC 65/1987, de 21 de mayo), la eventual compatibilidad de dos puestos de trabajo en el sector público (SSTC 178/1989, 41/1990 y 42/1990) o de una pensión y la percepción de haberes activos (SSTC 66/1990 y 67/1990).

dicas claramente incardinables en dicho concepto. Esta afirmación que, en apariencia, pudiera parecer un tanto contradictoria, no lo es, sin embargo, si se tiene en cuenta que la oposición del Tribunal a la existencia constitucional de derechos adquiridos constituye una tesis formulada en el ámbito exclusivo de la interpretación del principio de “irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales” reconocido en el artículo 9.3; esto es, lo que el Tribunal Constitucional ha establecido es que no pueden esgrimirse derechos adquiridos como argumento en defensa de la irretroactividad de las normas, más allá de las materias definidas en este precepto; entre ellas, los “derechos individuales”, categoría que, como se dijo, ha encontrado concreción en los derechos fundamentales y libertades públicas, no pudiendo en modo alguno equiparse a la de los *iura quaesita*<sup>22</sup>.

Y, más concretamente, en el ámbito del empleo público, a pesar de que la relación funcionarial tiene naturaleza estatutaria y el legislador es libre para modificarla, «sin que frente a tal modificación pueda esgrimirse que la regulación legal era distinta cuando entró al servicio»; sin embargo, como establece el Tribunal Supremo, no se trata de que el legislador «pueda menoscabar de-

---

<sup>22</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «El respeto a los derechos...», *op. cit.*, pág. 154. El Tribunal Constitucional, según indica, hace aquí acopio de expresiones ya clásicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a «situaciones agotadas», «consumadas», al «derecho incorporado al patrimonio de su titular», al «consolidado», a los «integrados en el patrimonio del sujeto», a aquellos, en suma, cuyos efectos puedan considerarse «agotados, definitivos o conclusos» (SSTC 6/1983, de 4 de febrero; 108/1986, de 29 de julio; 127/1987, de 16 de julio; 99/1987, de 11 de junio; 70/1988, de 19 de abril; 227/1988, de 29 de septiembre; 197/1992, de 19 de septiembre; y, 386/1993, de 23 de diciembre).

Pero incluso, esta autora, va más allá cuando afirma que «Este conjunto de Sentencias evidencian, en definitiva, como, ante un cambio normativo, el particular no solo tiene derecho a la intangibilidad de los efectos ya consumados o agotados en aplicación de la disposición anterior, sino, también, a aquellos que, aun no producidos, son inherentes al cumplimiento del presupuesto de hecho bajo la normativa anterior. El fundamento de esta tesis lo obtiene el Tribunal Supremo en las Sentencias citadas de la “aplicación del principio constitucional de certeza y seguridad jurídica”, y de “la responsabilidad por actos emanados del Poder Legislativo”. En realidad, las razones que, en estos supuestos, justifican la tutela del Derecho son las mismas que exponíamos en el apartado anterior; el problema radica en la propia delimitación del concepto de derecho adquirido; concepto que, probablemente, deba abrirse a estas situaciones jurídicas, abandonando, de esta forma, el estrecho reducho de los derechos por entero incorporados al patrimonio de su titular en el que siempre ha estado anclado en las antiguas doctrinas sobre la irretroactividad de las leyes. Con todo, ha de reconocerse que el expuesto no constituye un principio unánimemente aceptado no ya a nivel doctrinal, sino, lo que es más importante, por el propio Tribunal Constitucional que en su Sentencia 6/1983, de 4 de febrero».

rechos consolidados, especialmente los de contenido económico, pero no deben confundirse éstos con las puras y simples expectativas a que una situación legalmente determinada pero de alcance general para todo el colectivo funcional o para una o varias categorías de personas del mismo no puede alterarse por el legislador en función de nuevos criterios. Lo contrario sería tanto como consagrar la petrificación legislativa, atando al legislador e impidiéndole desplegar su libertad de conformación del ordenamiento jurídico» (STS 178/1989, de 2 de noviembre).

El alcance de los derechos adquiridos en el empleo público queda, pues, muy limitado como reconoce la propia jurisprudencia: «Los funcionarios públicos, sujetos a un *status* legal y reglamentario sometido al poder imperativo de la administración, no pueden esgrimir con éxito más derechos que por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos, que la propia doctrina jurisprudencial ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar, pero no caben expectativas que entran de lleno en la *potestad variandi* de la Administración...» (SSTS de 3 de abril y 6 de octubre de 1995; de 17 y 21 de marzo de 1997; de 11 de abril de 1997; y, de 27 de octubre de 1999). Línea jurisprudencial que han seguido en un perfecto *continuum*, el resto de tribunales ordinarios.

Así, entre otras, podemos citar la Sentencia de 20 de enero de 1990 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que profundiza en la delimitación que, en el marco de la relación funcional, constituirían auténticos derechos adquiridos. Conforme a esta Sentencia, «...una relación de derechos adquiridos, sin pretender que sea exhaustiva, estaría constituida por los siguientes: la cuantía íntegra de las retribuciones o sueldo consolidado que legalmente corresponde percibir; la condición de funcionario con la clasificación o categoría administrativa que le corresponda; el tiempo de servicio reconocido como abonable; la inamovilidad; no se comprende sin embargo el mantenimiento de la edad de jubilación establecida en el momento de su acceso al cargo (SSTS de 21 de octubre de 1985 y 29 de noviembre y 19 de diciembre de 1986)»<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> En este sentido, NIETO («Los derechos adquiridos...», *op. cit.*, págs. 258-259) ha expuesto que el concepto de derecho adquirido exige algunas matizaciones derivadas de determinadas consideraciones: en primer lugar, que no existen derechos adquiridos frente al poder organizativo de la Administración ni frente a las normas reguladoras del régimen interno de la Administración o cuando no se derivan del Ordenamiento derechos preexistentes de los funcionarios; en segundo término, que es de aplicación el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos; y, por último, que la Administración está obligada a respetar los derechos concedidos especial y singularmente a los funcionarios. Desde este punto de vista, en el análisis que realiza

De esta forma, y como podemos comprobar a los efectos que aquí nos interesa, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha mostrado propensa a incluir fundamentalmente entre los derechos adquiridos los de orden económico y ha acompañado dicho razonamiento con la consideración que sobre los derechos adquiridos ha mantenido la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo derivada, también, del espíritu que anima la regulación estatutaria de la función pública y que se expresa en la posibilidad de establecer Complementos Personales Transitorios en materia retributiva.

En este sentido, la STS de 29 de mayo de 1995 declaraba que: «Por otra parte, en la sentencia de 12 de julio de 1991 decíamos que dentro del amplio campo que la noción estatutaria del régimen jurídico de los funcionarios ofrece a los poderes públicos para introducir innovaciones en dicho régimen, sin que frente a las mismas resulte eficaz invocar la intangibilidad característica de los derechos adquiridos, la Jurisprudencia, acompañada en su doctrina por una usual práctica normativa, ha delimitado aquel campo al sostener que aunque no puede incluirse entre los derechos adquiridos el mantenimiento de una determinada estructura de las retribuciones, sin embargo, sí merece aquella calificación el montante consolidado de las mismas, al que normalmente suele atenderse, en caso de que el nuevo régimen lo disminuya, mediante la técnica de los Complementos Personales Transitorios, absorbibles por futuros aumentos (Sentencias de 17 de febrero y de 11 de junio de 1988)».

Es, por tanto, como puede apreciarse de la Jurisprudencia citada, el montante consolidado de la retribución el único que merece la calificación de derecho adquirido. Así, como señala CASTILLO BLANCO, la técnica de los Complementos Personales Transitorios es «el instrumento para hacer viable, en materia retributiva, los derechos adquiridos de los funcionarios al no tener dicha consideración la estructura de la retribución».

Su producción, sigue diciendo el autor, «se deriva de las transformaciones producidas por un cambio en el modelo de función pública cuando éste afecta a la estructura y cuantía del esquema retributivo. Aunque, lógicamente, y si de-

---

del Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 1952, entiende que sólo pueden considerarse derechos adquiridos actuales —señalamos aquí los atinentes al régimen retributivo— la cuantía íntegra del sueldo consolidado y la categoría administrativa en cuyo disfrute se halla el funcionario, y derechos adquiridos para el futuro que incluyera la cuantía absoluta íntegra del sueldo y de los derechos pasivos que hubiera.



riva de situaciones que la nueva normativa no reconoce como adecuadas la naturaleza de dicho Complemento es, con carácter general, absorbible»<sup>24</sup>.

Así lo indica la STS de 2 de diciembre de 1994 alegando que el carácter absorbible del Complemento Transitorio no es sino una consecuencia de la congruencia en la organización del régimen estatutario del que depende y una consecuencia del principio de igualdad ante la Ley. Y como aclara la STS de 26 de octubre de 1994, «los derechos adquiridos de carácter económico no suponen otra cosa que la conservación global de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate, sin que pueda aducirse frente a la *potestad variandi* de la Administración –con el límite señalado– el mantenimiento indefinido, e incluso su actualización –como pretenden los actores de determinadas situaciones, pues lo contrario supondría petrificar la relación funcional de un momento dado, impidiendo su desenvolvimiento a lo largo del tiempo, e ignorar la mutabilidad de las circunstancias que condicionan la actuación de la Administración».

Siguiendo esta línea consolidada la Disposición Transitoria Primera del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), normativa básica actual en materia de empleo público, contempla una garantía de los derechos retributivos que alcanza, según expone, «a los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para los mismos en el momento de su entrada en vigor»<sup>25</sup>.

El precepto, sin embargo, no deja claramente establecido el alcance de dicha garantía como tampoco alude a la posibilidad de establecer Complementos Personales Transitorios y mucho menos a su carácter absorbible o no. Por ello, profundizando un poco más en el tema y por imperativos del principio de seguridad jurídica, es preciso hacer referencia a lo que debería entenderse incluido en el concepto de retribuciones consolidadas.

En este sentido, como aclara CASTILLO BLANCO, «no es admisible aquella interpretación que entienda que en el mismo han de entenderse incluidos todos los conceptos retributivos. Si así lo fuese, no se entendería bien el

---

<sup>24</sup> CASTILLO BLANCO, F.: *El sistema retributivo en la función pública española*, Ed. Marcial Pons, 2002, págs. 278-279.

<sup>25</sup> Se prevé, además, su aplicación no sólo al personal en servicio activo, sino, asimismo, a quien esté en otra situación administrativa distinta de ésta en el momento de su reingreso a esta situación.

añadido “consolidado” que se adiciona y que parece indicar que existen conceptos retribuidos que no han de entenderse insertos en el mismo. Obviamente no parecen que deban entenderse incluidos los derivados del rendimiento extraordinario, ya que éste, como la propia expresión gramatical indica, es circunstancial y necesita en cada momento ser evaluado para comprobar su persistencia con relación a los parámetros normales de rendimiento. Tampoco conceptos como las gratificaciones o indemnizaciones que sólo pueden ser excepcionales y por las circunstancias establecidas en la legislación vigente»<sup>26</sup>.

Sí parecen, en cambio, incluidos dentro de aquel concepto las retribuciones que se derivan de la situación jurídica subjetiva del funcionario derivada de su categoría personal, esto es, las retribuciones básicas que retribuyen al funcionario según la adscripción de su cuerpo o escala a un determinado Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, y por su antigüedad en el mismo. Y, dentro de ellas, como señala el art. 22.2 EBEP, están comprendidas los componentes de sueldo y trienios de las pagas extraordinarias<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> CASTILLO BLANCO, F.: *El sistema retributivo...*, *op. cit.*, págs. 280 y ss.

<sup>27</sup> De esta forma, en base al Sueldo, el artículo 23 a) EBEP incardina todos los funcionarios en tres grupos y cinco subgrupos según la titulación exigida para el ingreso (aunque conforme a la Disposición Adicional Séptima del EBEP, se podrán crear otras agrupaciones profesionales distintas para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo), y que determinan la percepción de una concreta cuantía fijadas en la Ley de Presupuestos del Estado. Así, la ocupación de puestos de trabajo no tendrá incidencia alguna en la adscripción a los distintos grupos, a salvo de los mecanismos de carrera establecidos en el propio EBEP, ni altera, por tanto, la categoría subjetiva del funcionario como hasta ahora venía sucediendo.

Por su parte, los Trienios se perciben por el transcurso de tres años de servicio en el Subgrupo o Grupo de clasificación correspondiente. Y, con idéntico criterio, su cuantía será la correspondiente a la del Subgrupo o Grupo en que se encuentra incardinado el funcionario. En este sentido, la regulación legal viene caracterizada por las siguientes dos notas: de un lado, el trienio se retribuye en función de la categoría profesional del funcionario; de otro, ya no se sigue vinculando el trienio a la continuidad en el Grupo o Subgrupo, sino por el contrario a la continuidad del servicio a la Administración en general siguiendo la tendencia establecida en este punto por la Ley 70/1978, de 26 de diciembre operó que ya con un cierto carácter unitario. Por tanto, su reconocimiento y fecha de devengo como señala CASTILLO BLANCO (“Los derechos retributivos de los empleados públicos”, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2007, págs. 245 y ss.), nos permite extraer las siguientes conclusiones: 1) Cuando un funcionario preste servicios sucesivamente en diferentes Grupos o Subgrupos tendrá derecho a seguir percibiendo los trienios devengados en los anteriores con el valor correspondiente a aquél en que se perfeccionaron; 2) Cuando se cambie de adscripción de Grupo o Subgrupo antes de completar un trienio, la fracción de tiempo transcurrida se considerará como

Mayor problemática presentan los complementos retributivos derivados de la clasificación de los puestos o de otros instrumentos organizativos cuando los mismos no se han consolidado y que se centrarían en el Complemento de Destino y el Específico<sup>28</sup>.

En este sentido, como señala CASTILLO BLANCO, «su consolidación parece que contribuiría a reafirmar la patrimonialización de los puestos de trabajo que se desempeñan, sin que ello responda a ninguna razón suficientemente consistente para avalar su consideración de derecho adquirido, dado que los mismos derivan de razones organizativas y del sistema de gestión de las retribuciones de los recursos humanos en cada momento escogida». No parece, pues, sigue diciendo el autor, «que estemos abordando, al menos en todos los casos, complementos justamente establecidos y cuya supresión o reconversión a la baja, cuando proceda, determine una situación radicalmente injusta»<sup>29</sup>.

Desde nuestro punto de vista, y por lo que respecta al Complemento de Destino, sólo sería susceptible de ser incardinado en el adjetivo de «consolidado» en la medida que, en la doble vertiente que éste presenta (nivel del puesto

---

tiempo de servicios prestados en el nuevo Grupo; 3) Los efectos económicos se producen desde la fecha de su percepción, siempre que no haya operado prescripción alguna, y no desde su solicitud y reconocimiento (sentencia de 16 de octubre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de 31 de octubre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares) y la fecha de vencimiento de los mismos es el último día del tercer año natural, esto es, el día anterior al correspondiente a la toma de posesión.

En cuanto a las Pagas Extraordinarias, con buena lógica ahora y a diferencia de la legislación anterior, las pagas extraordinarias ya no forman parte de éstas, sino que se estructuran de forma independiente lo que desde luego clarifica el sentido y objeto de éstas (artículo 23 EBEP). Así, conforme al art. 22.4 EBEP, las pagas extraordinarias serán dos al año, cada una por el importe de una mensualidad de retribuciones básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo aquéllas vinculadas al desempeño y de los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal al ser estos concepto variables en el tiempo.

<sup>28</sup> Conforme al art. 24 del EBEP, la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores: a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa; b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo; c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos; d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

<sup>29</sup> CASTILLO BLANCO, F.: *El sistema retributivo...*, *op. cit.*, págs. 281.

de trabajo ocupado y expresión retributiva de la carrera administrativa), se manifieste en su calidad de progreso en la carrera administrativa.

En cambio, las retribuciones derivadas de la ocupación de puestos de trabajo que no se consolidan en el funcionario no serían susceptibles de ser consideradas derechos consolidados, dado que el sistema de retribuir aquéllos siempre ha de estar en conexión con la forma de organización, la evolución de ésta, los nuevos cometidos asignados a cada organización administrativa y resulta fuera de toda duda que estos elementos pueden o no estar presentes en cada momento.

Desde este punto de vista, si bien con menor persistencia en el tiempo, serían asimilables a la productividad, las gratificaciones por servicios extraordinarios o las indemnizaciones por razón del servicio.

El mismo tratamiento, asimismo, debería tener el Complemento Específico, en el cual no siempre necesariamente han de estar contemplados todos sus elementos (dedicación, incompatibilidad, responsabilidad...) o podrían añadirse otros nuevos derivados de nuevas fórmulas de prestación de trabajo o de organización.

Y es que, en efecto, por poner un último ejemplo, un puesto de trabajo o una categoría administrativa pueden dejar de ser penosas o peligrosas y nada impide ni debería impedir que se dejase percibir las remuneraciones por tales conceptos y, en su consecuencia, *mutatis mutandis*, nada avala tampoco su consolidación en aquellos casos en que se produzca una mutación cualitativa de los conceptos retributivos a percibir por los funcionarios públicos<sup>30</sup>.

Consideramos, en suma, que sólo deberían adquirir el calificativo de «consolidadas» y que, por tanto, entran dentro de la esfera de protección de los de-

---

<sup>30</sup> Ahora bien, como señala SOLANA PÉREZ (*Aplicación y control judicial del complemento específico en las retribución de los funcionarios públicos*, Ed. CEMCI, Granada, 2000) sobre la base de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque el complemento específico no genera un derecho adquirido, su modificación posterior exige una nueva valoración a fin de acreditar la alteración en las funciones atribuidas. En este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha o la de 22 de enero de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que considera, ésta última, que prescindir de dicha valoración determina la nulidad de pleno derecho del acuerdo adoptado y, en el supuesto de autos, la condena en costas.

rechos adquiridos de orden económico reconocidos por la doctrina jurisprudencial, las retribuciones básicas que se derivan de la situación jurídica subjetiva del funcionario derivada de su categoría personal y las complementarias que se manifiestan en la progresión alcanzada dentro del sistema de carrera administrativa.

El resto de retribuciones complementarias, y en la medida que no se hayan consolidado en los términos que hemos expuesto, no pueden ser insertados, pues, bajo la «etiqueta» de los *iura quaesita*.

Estos conceptos retributivos son, pues, los que el controvertido Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, debería haber respetado por su carácter de derechos consolidados y no operando, en consecuencia, la reducción de las retribuciones de los empleados públicos «tanto sobre las retribuciones básicas como sobre las de carácter complementario», según expresa el propio texto normativo.

De lo que se deriva, en suma, y desde nuestro punto de vista, que la forma en que se ha instrumentalizado la reducción de las retribuciones no es conforme a Derecho; al menos en los conceptos retributivos que, como venimos exponiendo, han sido consolidados<sup>31</sup>.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

A la vista de todo lo expuesto a lo largo del presente trabajo, son varias las consideraciones finales que podemos extraer. La primera relativa a que en nuestra jurisprudencia termina por trazarse, en suma y como señala BARREIRO RODRIGUEZ, «una importante línea divisoria que, en un lado, coloca los derechos adquiridos, en tanto que, en el otro, sitúa todas las situaciones, de muy diversa naturaleza e intensidad, que en un proceso más o menos dilatado

---

<sup>31</sup> Como expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, «resulta urgente adoptar medidas de contención en los gastos de personal de las diversas administraciones públicas. A ello responden las medidas incluidas en el presente Real Decreto Ley cuyo objetivo es reducir un cinco por ciento de la masa salarial, en términos anuales».

Dicha reducción, dice el texto normativo, «que opera tanto sobre las retribuciones básicas como sobre las de carácter complementario, es de obligada aplicación a todas las administraciones, lo que supondrá un importante ahorro para las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales dado el importante peso que el empleo público tiene en las mismas».

en el tiempo preceden al perfeccionamiento, a la adquisición del derecho. Los derechos adquiridos merecen, según esa misma jurisprudencia, el respeto del ordenamiento jurídico; no así, en cambio, las expectativas, cuya desaparición o alteración constituye, según reiterada doctrina jurisprudencial, un efecto inevitable del cambio de normas»<sup>32</sup>.

Y es que, en efecto, si bien es cierto que puede ser que no estemos en presencia de un supuesto estricto de retroactividad, como hemos dejado apuntado, no es menos cierto también que el control de constitucionalidad no se agota aquí pues desde esos otros principios complementarios, la seguridad jurídica, también es necesario hacer un control sobre cualquier norma jurídica aunque ésta sólo proyecte sus efectos hacia el futuro.

De lo que se deriva, pues, a los efectos que aquí nos interesan, que los conceptos retributivos de los empleados públicos que han adquirido el carácter de consolidados, esto es, las retribuciones básicas que se derivan de la situación jurídica subjetiva del funcionario derivada de su categoría personal y las complementarias que se manifiestan en la progresión alcanzada dentro del sistema de carrera administrativa merecen también la calificación de derechos adquiridos y que, por tanto, han de ser respetados también por nuestro ordenamiento jurídico<sup>33</sup>.

La segunda consideración derivada de la anterior, y habida cuenta de que los efectos del controvertido Real Decreto-ley ha producido una privación de derechos adquiridos «dignos» de protección, es la relativa a intentar esclarecer o al menos dejar apuntado, si se pondrán en marcha los cauces indemnizato-

---

<sup>32</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «El respeto a los derechos...», *op. cit.*, pág. 164. En general, como señala la autora, puede decirse que las expectativas «no generan, en principio, un derecho a su mantenimiento en beneficio de sus titulares que, por consiguiente, no pueden oponer título alguno en contrario ni esgrimir derecho compensatorio de ningún género; regla general que cede en los supuestos en los que, en atención a las circunstancias concretas del caso, se vulneren las bases del principio de seguridad jurídica entendida en términos de confianza legítima de los ciudadanos en la actuación de los poderes públicos o, aun, cuando, sin haberse vulnerado esa confianza, se produzcan daños incardinables en el ámbito de la responsabilidad de los Poderes públicos». En este sentido, resulta de sumo interés el trabajo de CASTILLO BLANCO, F.: *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, 1998.

<sup>33</sup> Como hemos señalado anteriormente, el resto de retribuciones complementarias, y en la medida que no se hayan consolidado, no pueden ser considerados derechos adquiridos ya que responden a razones organizativas y del sistema de gestión de las retribuciones de los recursos humanos en cada momento escogida y cuyos elementos retributivos, asimismo, no necesariamente han de permanecer invariables en el tiempo.

rios establecidos en la propia Constitución y que también reconoce nuestra jurisprudencia cuando afirma la conexión existente «entre el perjuicio causado por una disposición de carácter general –en este caso con valor de ley– inherente a la privación singular de un derecho o interés económico consolidado o incorporado al patrimonio del afectado y el mecanismo indemnizatorio a que da lugar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos (...) que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos» (STS de 16 de mayo de 2000).

Sin lugar a dudas, a todos nos viene a la cabeza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al hilo del adelanto de la edad de jubilación para los servidores públicos. En esta ocasión el Alto Tribunal argumentaba que dicha forma de actuación –del poder legislativo– puede vulnerar derechos adquiridos o derechos públicos subjetivos comprendidos en los arts. 9.3 y 33 de la Constitución. Y dejaba en el aire, sin mayores precisiones, una afirmación relativa a la necesidad de paliar «los efectos negativos que origine una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación» (SSTC 108/1986, 99/1987 y 70/1988).

Unas afirmaciones que, dicho sea de paso, llevó a algún sector doctrinal a considerar razonablemente una compensación económica. Al respecto GARRIDO FALLA fundamenta su razonamiento en dos premisas: «a) toda carga o sacrificio impuesto por ley no declarada inconstitucional ha de ser soportado por el administrado, quien, no obstante, podrá reclamar indemnización cuando dicha carga sea expropiatoria (art. 33.3 CE); y, b) toda ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de dicha ley»<sup>34</sup>.

Claro está que, en aquella ocasión y como hemos expuesto anteriormente, el supuesto de hecho (la reducción de la edad de jubilación) no constituye propiamente auténticos derechos adquiridos sino meras o simples expectativas.

En este sentido, es muy clarificadora la STS de 30 de noviembre de 1993 que aborda el tema de las incompatibilidades y plantea el problema de la responsabilidad del Estado legislador: «No existe tampoco violación de los arts.

---

<sup>34</sup> GARRIDO FALLA, F.: «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, nº 118, 1989, págs. 35 y ss.

9.3 ó 33 del texto constitucional, en la medida en que no se otorga eficacia retroactiva en perjuicio de terceros a una normativa ni lesiona derechos adquiridos, ya que ni existe privación de derechos, sino, a lo sumo, de meras expectativas ni, en su caso, dentro del estatuto funcional es posible hacer alegación alguna en tal sentido dada “la naturaleza estatutaria de la relación funcional y la libertad del legislador para modificar la misma, sin que la citada modificación pueda esgrimirse por el funcionario arguyendo que la regulación legal era distinta cuando entró al servicio de la Administración”».

Y añade que «Las Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 108/1986, de 29 de junio; 99/1987, de 11 de junio, y 70/1988, de 19 de abril, que examinaron la constitucionalidad de los preceptos de la Leyes que anticipaban la edad de jubilación de Jueces y Magistrados, funcionarios públicos y Profesores de EGB, así como las citadas respecto de la Ley 53/1984 (SSTC 42/1990, de 15 de marzo, y 65 a 68/1990, de 5 abril), después de negar que los mismos vulneren los arts. 9.3, 33.3 y 35 de la Constitución, afirmando que no hay privación de derechos, sino alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible, dicen a continuación, las primeramente reseñadas, que “esto no impide añadir que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación”, siendo de señalar a este respecto que, de una parte, el modo verbal empleado no supone el reconocimiento de un derecho a ser indemnizados por dicho motivo, ya que más bien parece una reflexión dirigida al propio legislador, de otra, que las Leyes de Presupuestos para los años 1985 y 1989 ya establecieron un sistema de indemnización para los funcionarios jubilados anticipadamente, cuya denominación y contenido no podemos examinar, ni tampoco se estima necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad de las mismas, pues la conclusión a la que se llegará, por las razones que se exponen, es que no procede la indemnización solicitada...».

Como podemos comprobar, tras valorar la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, las modificaciones legislativas no otorgan, con carácter general, un derecho de indemnización dada la línea restrictiva mantenida por el Tribunal Constitucional acerca de lo que pueda ser un derecho de contenido patrimonial.

Ahora bien, como expresa CASTILLO BLANCO, «en la realidad jurídica es posible distinguir, por un orden, derechos, intereses y expectativas. Pero nada está del todo claro en punto a su indemnizabilidad en caso de privación legislativa, o mejor dicho existe una línea excesivamente estricta para la in-



demnizabilidad de éstos en esta vía. Todo parece conjugarse en contra: la confusión que desde siempre ha acompañado a los derechos públicos subjetivos; la hoy nada clara distinción entre ellos y los intereses legítimos o “derechos reaccionales”; la circunstancia de que la situación jurídica derivada de las autorizaciones administrativas o de otras situaciones jurídicas no tengan un paralelo previo en el Derecho privado; el nada razonable deslinde de lo singular y lo general de las privaciones según el art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, etcétera.».

Cierto es, sin embargo –sigue diciendo el autor–, «que en otra jurisprudencia, la que hace referencia al derecho de propiedad, la jurisprudencia constitucional ha sido más matizada. Así ocurre en la recaída en materia de aguas y costas, donde el Tribunal, frente a las decisiones legislativas que afectan a los derechos de propiedad sobre estos bienes, ha cuidado de precisar que la modificación legislativa sobre los mismos está condicionada a una cierta compensación, para no incurrir en una confiscación. Vemos así cómo desde la jurisprudencia constitucional y desde la doctrina se matiza la acción del legislador que está sujeto también, como no podía ser menos, a la Constitución y a las exigencias que de ella se derivan cuando en su actuación afecta situaciones que se consideren protegibles»<sup>35</sup>.

Todo ello teniendo en cuenta, además, que en las concretas circunstancias del caso que nos ocupa y en los términos que hemos expuesto sobre las retribuciones de los empleados públicos, nos encontramos ante una afectación de derechos que, a juicio también de nuestra jurisprudencia, constituyen auténticos derechos adquiridos y no simple o meras expectativas. En esta ocasión sí nos encontramos ante situaciones jurídicas consumadas, agotadas al amparo del Derecho que se deroga y que, por tanto, han de ser protegidas imperativo no sólo del principio de seguridad jurídica, sino, también, de otros que con ella se relacionan.

---

<sup>35</sup> CASTILLO BLANCO, F.: *La protección de confianza, op. cit.*, pág. 340. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA («Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular el caso de la Ley de Costas», *RAP* n° 141, 1996, págs. 149 y ss.) propone, tras el análisis de la jurisprudencia constitucional, diversas soluciones a dicho debate: contemplar indemnizaciones en dichas leyes; garantizando un proporcional equilibrio entre la indemnización y el despojo; considerar inconstitucionales, a virtud del art. 24 CE, las leyes expropiatorias *ad hoc*; condicionar la validez de las leyes expropiatorias que fijen criterios genéricos de indemnización a que éstos puedan ser ponderados, concretados y modulados por el juez; y que la eventual reclamación de esa indemnización se articule a través de la acción de responsabilidad patrimonial.

En particular, como señala BARRERO RODRÍGUEZ, «los de irretroactividad de determinadas normas, interdicción de la arbitrariedad y responsabilidad de los Poderes públicos. De la suma de todos ellos resulta una regla general de respeto a los derechos incorporados al patrimonio de sus titulares en aplicación del ordenamiento que se sustituye, derechos por cuya privación habrán de ser indemnizados si la satisfacción del interés público obliga excepcionalmente a ella»<sup>36</sup>.

Pero, finalmente, una tercera consideración de mayor calado aunque también encadenada con las anteriores, ha de ser puesta de manifiesto. Y es que, en efecto, si bien es cierto que podemos llegar a comprender que en un escenario económico como el actual, caracterizado por la intensidad de la crisis económica con origen en la crisis financiera internacional y con efectos sobre el crecimiento y el empleo, resulte urgente adoptar medidas de contención en los gastos de personal de las diversas Administraciones públicas; ello no puede ser una justificación suficiente para hacernos olvidar que nos encontramos en un Estado de Derecho en el que no sólo los ciudadanos sino también los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Y, precisamente, bajo el paradigma del Estado constitucional de Derecho, de las instituciones llamadas a presidir la labor de sistematización de la aplica-

---

<sup>36</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «El respeto a los derechos...», *op. cit.*, pág. 156. Son muchas las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que, como dice la autora, «en las más diversas materias, declaran expresamente su respeto a los derechos adquiridos, a las que han de añadirse aquellas otras en las que el Derecho, obligado a sacrificarlos en aras de los superiores intereses de la comunidad, fija las correspondientes medidas compensatorias en lo que constituye la muestra más palmaria de que, efectivamente, el respeto a estas situaciones jurídicas se encuentra en la base de nuestro ordenamiento jurídico». Además del ya citado caso de la Ley de Costas, puede aludirse al ofrecido por el RDLeg. 1/2001, de 20 de julio, de Aguas (*vid.*, en particular, D.T. 2ª) o al Derecho urbanístico que, igualmente, parte de un principio de respeto a los derechos adquiridos, aunque, como reiteradamente ha establecido el Tribunal Supremo, las modificaciones de los planes urbanísticos “no puede encontrarse limitada por los derechos adquiridos al amparo del planeamiento anterior” cuando “las circunstancias concurrentes así lo demanden en aras de la mejor satisfacción de los intereses generales” (Sentencia de 27 de abril de 1999), sin perjuicio, dice la Sentencia de 13 de junio de 1984, de las consecuencias indemnizatorias o compensatorias que el sacrificio de esos derechos adquiridos produzcan en el momento de la ejecución del nuevo planeamiento». Otras muchas Sentencias pueden consultarse en esta misma línea. Entre otras, las Sentencias de 8 de junio de 1989, 4 de julio de 1997, 29 de noviembre de 1998, 10 de febrero de 1999 y 28 de enero de 2000.

ción e interpretación de las normas en el ordenamiento jurídico-público, y con ello, la necesaria reconstrucción sobre principios más que sobre reglas, mediante una tarea argumentativa y ponderativa más que de subsunción, la función de interpretación y aplicación del Derecho viene presidida, como expresa CASTILLO BLANCO, «por tres principios, derivados todos ellos de la cláusula de Estado de Derecho, y que no son otros que el principio de legalidad, de seguridad jurídica y de justicia material como valor y fundamento del sistema jurídico que obliga a una legitimidad material y no sólo formal de la actuación administrativa conforme a los principios y reglas que de ellos se derivan. Tres principios que se yuxtaponen a la vez que quedan enfrentados y cuyo equilibrio garantiza la mejor de las soluciones a adoptar por el intérprete y el aplicador del Derecho».

Desde este punto de vista, como sigue diciendo el autor, «el despliegue de los mismos se realiza, básicamente, y en lo que se refiere a este aspecto con el objetivo de proteger tres valores esenciales en la actuación administrativa, que operan como supraconceptos en el sentido ya referido y que son informantes de todo el ordenamiento jurídico, a saber y en lo que se refiere a la Administración pública: la confianza a la que ya nos hemos referido y que se expresa en un mandato, entre otras manifestaciones, de defensa de las expectativas razonablemente fundadas; en segundo lugar, garantizar la finalidad y la congruencia de la acción pública que no es sino reconducible, en último término, a los intereses generales a que debe servir toda actuación administrativa; y por último, pero seguramente no en último lugar, a un mandato de adecuación entre los medios y los fines de que se vale la acción administrativa y que se deriva del principio de proporcionalidad en que se expresa, también esa cláusula de Estado de Derecho y el principio de justicia material»<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> CASTILLO BLANCO, F.: *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público. Especial referencia al abuso del Derecho*, INAP, Madrid, 2007, págs. 279 y 280.

En este sentido, como señala LÓPEZ GONZÁLEZ (*El principio general...*, *op. cit.* pág. 116), «Tanto el ejercicio desproporcionado de determinadas potestades administrativas como el abuso del derecho, tienen por resultado un perjuicio o daño para terceros. Sin embargo en el primer caso el exceso productor del daño es ilegítimo por no haber respetado la Administración los límites legales y sustanciales de las correspondientes potestades administrativas; en el segundo caso los límites del abuso del derecho no están en la norma expresamente, sino en la conciencia social de la época, todo ello de conformidad con el artículo 7.2 del Título Preliminar del Código Civil: “la ley no ampara el abuso del Derecho o el ejercicio antisocial del mismo...”. Es obvio que en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas, las situaciones de abuso de derecho pueden plantearse plenamente».

Y que, en definitiva, desde la posición que aquí mantenemos, nos ha de llevar a buscar un equilibrio entre la necesidad de transformación social con las legítimas expectativas de los ciudadanos y la sociedad en su conjunto en el mantenimiento y permanencia de lo ya realizado que garantice el respeto de los principios y valores esenciales que sustentan a nuestro ordenamiento jurídico y que, como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, vienen a constituirse en un importante límite al ejercicio de potestades por parte de los poderes públicos<sup>38</sup>.

Es así, y necesariamente ha de serlo, más si cabe, en la medida que cada día gana terreno la idea de la unidad europea. Donde sin lugar a dudas viene gestándose un ordenamiento propio que exige la formulación de reglas y principios generales extraídos, lógicamente, del Derecho y de los sistemas jurídicos de los países miembros y que determinan, como pusiera de manifiesto ALONSO GARCÍA<sup>39</sup>, el efectivo acercamiento de la legislación interna de los Estados miembros.

Y que, si como se afirma, los principios generales del Derecho obedecen, en último término, a la *opinio iuris* del pueblo, a sus convicciones profundas, a la voluntad en la que se fundamentan, este proceso de unificación europea, en la medida que avanza en la conciencia colectiva, tiende a expresar en el mundo jurídico principios generales que finalmente reflejan dichas convicciones.

---

<sup>38</sup> En efecto, como afirma ESCUIN PALOP («Sobre las leyes y sus límites», *REDA* n° 147, julio-septiembre, 2010, pág. 581), «Cierto es, que el Derecho no es una ciencia exacta por lo que no requiere demostrar la idoneidad de los conceptos jurídicos; pero no es menos cierto que su utilidad desaparece cuando carecen de un buen anclaje en las normas superiores de Ordenamiento y cuando pueden permitir ciertos desmanes y excesos que rompan el necesario equilibrio de los intereses en presencia».

<sup>39</sup> Véase la obra de ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Ed. Cívitas, Madrid, 1989.

JURISPRUDENCIA





COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA  
**Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional  
30/2011, de 16 de marzo de 2011. Sus conse-  
cuencias jurídico-administrativas**

*Carmen Carretero Espinosa de los Monteros*

*Miguel Jesús Sánchez Carmona*

Letrados de la Junta de Andalucía

I. INTRODUCCIÓN

Como todos conocen, con fecha de 16 de marzo y siendo ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, fue dictada Sentencia 30/2011 por el Tribunal Constitucional, por la que se procedió a declarar inconstitucional el artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Se trata de una sentencia de importancia trascendental, no sólo desde el punto de vista constitucional de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, interpretando el artículo 149.1.22 de la Constitución, sino también en cuanto a las consecuencias administrativas que dicha sentencia puede tener (y está teniendo), en el devenir ordinario de la actuación de la Administración Pública. Es precisamente ésta perspectiva la que nos interesa en el presente comentario, dado el caos jurídico que puede provocar una aplicación plana de sus postulados.

Y es que, fruto de dicho pronunciamiento constitucional, fueron las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 14 de junio de 2011, por la que se procedió a declarar la nulidad del Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre en cuya virtud se traspasaron a la Comunidad Autónoma de Andalucía funciones y servicios de la Administración General del Estado en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma. Se trataba de recursos interpuestos respectivamente por la Junta de

Comunidades de Castilla-La Mancha, la Junta de Extremadura y un particular, anulándose el Real decreto precisamente en atención al dictado de la STC 30/2001, al haber desaparecido su base competencial.

Importa destacar por otro lado, que la doctrina contenida en esta sentencia 30/2001, de 16 de marzo, fue reiterada en la posterior 32/2011, de 17 de marzo, dictada ante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto también por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura contra el artículo 75.1 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, siendo así que en la misma, el Tribunal Constitucional declaró asimismo inconstitucional y nulo del citado artículo.

## II. RESUMEN DE LA SENTENCIA

La citada sentencia 30/2011, de 16 de marzo de 2011, recayó en el recurso de inconstitucionalidad 5120-2007, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en concreto, contra los artículos 43, 50.1 a), 50.2 y 51 del Estatuto, declarándose inconstitucional el artículo 51, y desestimando el recurso en cuanto a lo demás.

El primer pronunciamiento de la sentencia es de carácter formal, en cuanto se dedica a razonar la desestimación de las alegaciones de falta de legitimación activa para la interposición del recurso por parte de la Junta de Extremadura, esgrimidas tanto por el Parlamento de Andalucía como por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

En cuanto al fondo del asunto, despliega su análisis en el doble plano de la constitucionalidad material y formal. Comenzando por el análisis de las razones sustantivas, esto es, en atención al contenido que la nueva regulación incorpora, no tiene dudas el Tribunal de la inconstitucionalidad de la norma. Para ello parte, de la doctrina sentada en la STC 227/1988, de 29 de noviembre (reiterada en las SSTC 161/1996, de 27 de octubre y 118/1998, de 4 de junio), cuyas consideraciones transcribe.

Mayor interés tiene el argumentario que contiene la sentencia sobre la inconstitucionalidad formal de la norma, o lo que es lo mismo, la «ilegitimidad constitucional» de que la concreción del concepto del artículo 149.1.22 CE sobre aguas que “discurran por más de una Comunidad Autónoma” se lleve a



cabo en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en lugar de articularse por el legislador estatal de aguas, todo ello teniéndose asumido tanto por las partes como por el Tribunal, que efectivamente, el artículo 51 EAA se separa del criterio fijado por la Ley de aguas.

Por lo demás, en cuanto a la impugnación del resto de los preceptos, su constitucionalidad aparece clara para el Tribunal Constitucional.

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

Como decíamos, la sentencia despliega su análisis en el doble de plano de la constitucionalidad material y formal.

Comenzando por el análisis de las razones sustantivas, -y, insistimos, siendo para el Tribunal indubitado que estamos ante una norma inconstitucional-, parte de la doctrina sentada en la STC 227/1988, de 29 de noviembre (reiterada en las SSTC 161/1996, de 27 de octubre y 118/1998, de 4 de junio), cuyas consideraciones transcribe en seis puntos, en las que dicho Tribunal ya se pronunció sobre la constitucionalidad del principio de unidad de gestión de la cuenca hidrográfica, como criterio de delimitación territorial utilizado por la ya derogada Ley 29/1985, de 2 de agosto de Aguas, y mantenido por el actual Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, reformado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Y aun cuando reconoce que *«el criterio de cuenca no es el único constitucionalmente viable en el marco del art. 149.1.22 CE, si ha de declararse que no le es dado al legislador estatal concretar las competencias del Estado en esta materia mediante una fragmentación de la gestión de las aguas intercomunitarias de cada curso fluvial y sus afluentes»*, en forma tal que una interpretación sistemática del artículo 149.1.22 CE en su relación con el artículo 45.2 CE reclama una *«utilización racional de los recursos naturales»*, en forma tal, que *«entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato»*, añadiendo que *«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 intercomunitario»*, en tanto que *«por el contrario, el criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afecta-*

*dos que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, son manifiestamente supracomunitarios», de modo que «es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea» (STC 227/1988, FJ 15).*

*En definitiva, hemos de concluir que el conjunto de esos intereses «manifiestamente supracomunitarios», «debe ser gestionado de forma homogénea», lo que excluye la viabilidad constitucional de la compartimentación del «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» (STC 227/1988, de 29 de noviembre FJ 15). De conformidad con todo ello, el art. 51 EAA debe reputarse inconstitucional y nulo porque, al compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica supracomunitaria, como es la del Guadalquivir, el citado precepto vulnera el art. 149.1.22 CE.» (fundamento jurídico sexto).*

Es a partir del fundamento jurídico séptimo, que procede al análisis de la constitucionalidad formal de la norma. Así, aun cuando se considera, que la inconstitucionalidad de carácter sustantivo en que incurre el precepto estatutario impugnado podría ser ya suficiente para fundar la estimación del recurso, y la consiguiente declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 51 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, sin embargo, dada la «singular posición que corresponde al Estatuto de Autonomía en la configuración del Estado autonómico (SSTC 247/2007, FJ 5, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 4), así como la esencial importancia vital, social y económica del agua (STC 227/1988, FFJJ 6 y 20), recurso natural que constituye el objeto del art. 149.1.22 CE» procede el análisis de la constitucionalidad formal de la disposición estatutaria controvertida.

De lo que se trata es pues, de comprobar la «legitimidad constitucional» de que la concreción del concepto del artículo 149.1.22 CE sobre aguas que “discurran por más de una Comunidad Autónoma” se lleve a cabo en la Ley Orgánica que aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, o si por el contrario, esta determinación corresponde al legislador estatal de aguas, todo ello siendo pacífico tanto por las partes como por el Tribunal, que efectivamente, el artículo 51 EAA se separa del criterio fijado por la Ley de aguas.

Sienta para comenzar, la doctrina general, conforme a la cual en «las relaciones entre las normas estatutarias y la delimitación de las competencias del Estado ex art. 149.1 CE, hemos de partir de que si las primeras “contribuye[n] a perfilar ... el ámbito de normación y poder propio del Estado” ello es sólo “en la medida en que las competencias del Estado dependen mediatamente en su contenido y alcance de la existencia y extensión de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en el marco extraordinariamente fle-

xible representado por el límite inferior o mínimo del art. 148 CE y el máximo o superior, a contrario, del art. 149 CE. Esto no hace del Estatuto, sin embargo, una norma atributiva de las competencias del Estado” (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 5). El Estatuto de Autonomía tampoco es norma de ejercicio de las competencias estatales previstas por el art. 149.1 CE, de modo que, en caso de hacer alguna precisión sobre el alcance de éstas, su constitucionalidad pasa por el respeto de dos límites: el primero, de carácter positivo, consiste en que dicha precisión se “haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas que se correlacionan con” las competencias estatales que puedan presentar problemas de delimitación; y el segundo, de carácter negativo, reside en que la precisión estatutaria “no impida el despliegue completo de las funciones propias de la competencia estatal regulada en el art. 149.1 CE de que se trate. Sólo si se satisfacen estas exigencias, tal modo de proceder resultará acorde a la Constitución” (STC 247/2007, FJ 10)».

Desde estas premisas, considera que la definición estatutaria del criterio territorial no sólo es que suponga la asunción de competencias fuera del ámbito del art. 149.1.22 CE, sino que además «menoscaba gravemente “las funciones propias de las competencias estatales», cuya razón última no es otra que mantener en el Estado descentralizado «la garantía de la unidad última del ordenamiento a partir de un mínimo denominador común normativo imprescindible en tanto que presupuesto para que la diversificación inherente al principio autonómico no se resuelva en contradicciones de principio con el fundamento unitario del Estado. Tal función integradora padecería de manera irremisible si los Estatutos de Autonomía fueran constitucionalmente capaces de imponer un criterio de delimitación competencial respecto de potestades y funciones que, como es el caso con las aguas que discurren por varias Comunidades Autónomas, han de proyectarse sobre una realidad física supracomunitaria, cuya disciplina sería sencillamente imposible si los criterios adoptados en los Estatutos de las Comunidades Autónomas interesadas resultaran incompatibles o excluyentes».

Es en precisamente en base a todas estas razones, que el Tribunal Constitucional afirma que el art. 51 EAA no supera el canon de constitucionalidad, al impedir que las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1.22 CE y ejercidas por éste a través de la legislación estatal en materia de aguas desplieguen la función integradora y de reducción a la unidad que les es propia.

No obstante, en dicho hilo argumental, da nuestro Tribunal Constitucional un paso más: ya no sólo se trata de que a norma estatutaria sea inconstitucional en cuanto que menoscaba la competencia estatal del art. 149.1.22 CE, sino que además, deja sentando que aun cuando fueran posibles diversas interpretaciones de las reglas de distribución de competencias, cualquier otra eventual «concreción del criterio territorial» contenido en el art. 149.1.22 CE «sólo podría venir de un solo y único legislador, que siempre será el legislador estatal de aguas,

*pues únicamente desde la posición supracomunitaria privativa de ese legislador puede proveerse un criterio capaz de ordenar en Derecho la disciplina normativa de una realidad física también supracomunitaria» (FJ 10). Sólo y único legislador estatal que tampoco puede «redefinir» las competencias exclusivas del Estado en relación con una cuenca hidrográfica supracomunitaria, «mediante un entendimiento fragmentador de la cuenca que conduzca a “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”(STC 227/1988, FJ 15)», sino que en cualquier caso debe quedar asegurada una administración unitaria de un recurso natural de tanta trascendencia para diversos sectores y subsectores materiales como es el agua. (FJ 11).*

Menor interés tiene el fundamento jurídico 12 que dedicado a estudiar la impugnación de los artículos 43, 50.1 a), 50.2 EAA, la rechaza confirmando la validez constitucional de los mismos.

En el caso del artículo 43, su rechazo es en atención a su impugnación meramente instrumental, sin que sea admisible la interpretación pretendida por la Junta de Extremadura una vez declarada la inconstitucionalidad del artículo 51 EAA, al igual que ocurre con la impugnación del art. 50.1 a), respecto del que no cabe apreciar la ambigüedad a la que se refiere la Junta Extremeña. Si debemos resaltar que en relación con el artículo 50.2 EAA, el Tribunal Constitucional vuelve a confirmar la doctrina conforme a la cual *«nada impide que la legislación estatal de aguas confiera a las Comunidades Autónomas funciones o facultades de «policía del dominio público hidráulico» en cuencas intercomunitarias (STC 161/1996, de 17 de octubre), o que, según el art. 17 d) de la Ley de aguas, entre las funciones del Estado en relación con el dominio público hidráulico se encuentre el otorgamiento de autorizaciones cuya tramitación puede encomendarse a las Comunidades Autónomas»*, todo lo cual tendrá evidente importancia en las normas de delegación de competencias, en lo que ya se anuncia en la prensa como el nuevo modelo de gestión del Guadalquivir.

#### IV. COMENTARIO. CONSECUENCIAS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 51 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 Y 14 DE JUNIO DE 2011. JURISPRUDENCIA MENOR SOBRE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Como señalábamos al comienzo del presente comentario, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 EAA, tiene consecuencias no sólo en el plano meramente constitucional, sino necesariamente en el administrativo.

Así, la primera consecuencia fue el dictado de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 14 de junio de 2011, dictadas en recursos interpuestos por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Junta de Extremadura y un particular frente al Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre en cuya virtud se traspasaron a la Comunidad Autónoma de Andalucía funciones y servicios de la Administración General del Estado en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.

El pronunciamiento de las citadas sentencias como no podía ser de otro modo fue el de declarar la nulidad del Real Decreto de traspaso con base precisamente a que el Real Decreto “*no hace sino utilizar la base competencial inadecuada -desde la perspectiva constitucional- que proporcionaba el artículo 51 citado para instrumentar el traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma de Andalucía*”, todo ello conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional.

El problema de las antecitadas sentencias, no se halla precisamente en este argumento, por lo demás impecable. El problema se encuentra en la consideración que se hace sobre los efectos de la sentencia constitucional, contrarios no ya a la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino a los más elementales principios generales del Derecho, tales como el de seguridad jurídica. No es correcto afirmar que :

*“Y la sentencia del Tribunal Constitucional que contiene la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, no determina la mera ineficacia pro futuro, con alcance únicamente prospectivo, de la regulación contenida en aquel precepto, sino su nulidad al resultar contrario a la Constitución.*

*La declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto de Andalucía va expresamente acompañada de la de su nulidad. No hay, repetimos, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 2011 (a diferencia de lo sucedido en otras anteriores, a partir de la número 45/1989 meros efectos prospectivos, sino declaración de que el precepto de la Ley Orgánica 2/2007 no era compatible, desde su aprobación, con el texto constitucional, por lo que resulta nulo ab initio”.*

La primera precisión a realizar es que, en contra de lo manifestado por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, en modo alguno afirma en el fallo de la sentencia que la norma sea nula desde su aprobación, guardando silencio sobre este punto. Dicha interpretación del Tribunal Supremo, atribuye a la STC de marzo de 2011 una retroactividad de grado máximo, lo que en

nuestro ordenamiento jurídico tiene carácter excepcional. Con ello se desplazan los efectos de la STC al mismo momento del nacimiento del artículo 51 EAA, ignorando de esta manera lo dispuesto en el artículo 38.1 LOTC: “*Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»*”.

Entendemos sin embargo que esta interpretación extensiva del Tribunal Supremo, no sólo es que no se ajuste a lo dispuesto en el art. 38 LOTC, sino que además implica que todo lo actuado en ese tiempo por la Administración autonómica carecería de base competencial, a lo que se añade que, en las materias afectadas, el Estado no llevó a cabo actuación alguna dada la existencia de una Ley Orgánica (el Estatuto de Autonomía) y un R.D. de transferencias vigentes que asignaban las competencias a otra Administración. En definitiva, dado que para realizar unos actos administrativos concretos sobre una materia sólo puede haber una Administración competente, si se priva con efecto retroactivo de dicha competencia a quien la tenía atribuida, una imagen aproximada a lo que ello origina es la del suelo desapareciendo bajo los pies.

Entendemos sin embargo, que una posición más respetuosa no sólo con el art. 38 LOTC, sino con el principio de seguridad jurídica, hubiera debido ser la de declarar los efectos prospectivos de la sentencia desde su publicación, a fin de mantener la base competencial de todo lo actuado por la Administración Autonómica durante el tiempo que medió entre la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía y el R.D. de transferencias hasta las Sentencias anulatorias.

No se trata además éste de un debate estéril, sino de inmediatas consecuencias prácticas: diversas sentencias de Juzgados de lo contencioso administrativo, sobre la base de las sentencias del Tribunal Supremo, están estimando las demandas formuladas contra resoluciones dictadas en procedimientos sancionadores por actos llevados a cabo en la cuenca hidrográfica del Guadalquivir, al entender que las resoluciones administrativas fueron dictadas por órganos manifiestamente incompetentes, dada la anulación del artículo 51 EAA. Esta postura, se agrava por el hecho de tratarse, en la mayoría de los casos, de asuntos en los que por su cuantía no cabe recurso de apelación.

Dichas sentencias achacan a los actos recurridos el vicio recogido en el artículo 62.1 b) de la Ley 30/92 para proceder a la anulación de los actos recurridos, al considerar que existe una incompetencia manifiesta del órgano autor del acto impugnado. En relación con este precepto, existe una ingente Juris-

prudencia que, de acuerdo con el tenor literal de la norma, exige el carácter manifiesto de la incompetencia a fin de apreciar la existencia de la causa de nulidad. Esta exigencia se recoge desde Sentencias como la del Supremo de 31 de diciembre de 1985 (RJ 1986/1552), que se remite a su vez a otras más antiguas como la de 28 de octubre de 1963, 31 de marzo de 1966 (RJ 1966/4506), 30 de marzo de 1971 (RJ 1971/1751) y 18 de junio de 1976 (RJ 1976/4166). En todas ellas se destaca que dicho carácter manifiesto supone que la incompetencia sea “notoria, con claridad y evidencia”. ¿Puede considerarse manifiesta la incompetencia, cuando al tiempo de dictarse el acto la Administración autonómica la tenía reconocida por una Ley Orgánica como es el Estatuto de Autonomía y por un RD de transferencias como el 1666/2008? La respuesta no puede ser sino negativa. De hecho, así lo ha manifestado el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de mayo de 2001 (RJ 2001/4730): *“La respuesta a esta cuestión dada por la Sala de instancia, que no apreció en la resolución del Consejero de Economía y Hacienda el grave vicio de incompetencia con el carácter de «manifiesto», es acertada. Mal podría calificarse de incompetencia «manifiesta» aquella cuya declaración requiere nada menos que un pronunciamiento judicial anulatorio (aunque sea por la vía del recurso indirecto) del mandato contrario, contenido precisamente en una norma reglamentaria que confiere determinadas atribuciones al órgano administrativo que adopta, conforme a ella, la decisión correspondiente.*

*Si, según la propia recurrente en casación admite, la jurisprudencia de esta Sala había limitado el reconocimiento o declaración del vicio de incompetencia generador de nulidad absoluta –artículo 47.1.a) de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo– a aquellos casos en que se manifestaba de modo ostensible, patente, claro e incontrovertido, el hecho de que la competencia debatida en el caso de autos hubiera sido atribuida de manera expresa al Consejero por una norma reglamentaria vigente hasta entonces –y, en principio, dotada de presunción de validez– demuestra que no concurría la nota de incuestionabilidad exigida por la jurisprudencia antes citada.*

*En efecto, la «apariencia» jurídica de validez de la competencia del Consejero, derivada de la aplicación en sus propios términos del artículo 6 del Decreto 74/1991 de 24 de julio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, necesitó ser desvirtuada a lo largo del proceso judicial de instancia cuyo resultado final fue, en efecto, que aquella norma reglamentaria no respetaba el principio de jerarquía normativa y que, por tanto, resultaba contraria a derecho la previsión en ella contenida según la cual el Consejo de Gobierno podía delegar en uno de sus Consejeros la modificación o transferencia interna entre partidas presupuestarias. Pero de esta circunstancia no se puede derivar automáticamente –antes bien, el desarrollo del debate demuestra justamente lo contrario– que la incompetencia del Consejero fuera inequívoca o «manifiesta», a los efectos del tan citado artículo 47.1.a) de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo. Es cierto que la ostensibilidad en la apreciación de las infracciones a las re-*

*glas de distribución de competencias entre órganos administrativos, como criterio para calificar cuál de ellas resulta generadora de nulidad absoluta, puede resultar en ocasiones un concepto impreciso y poco seguro pero, a juicio de esta Sala, aquella nota –por lo demás, exigida también por el artículo 62.1.c de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, en el nuevo régimen de la nulidad absoluta por razón de incompetencia del órgano correspondiente– no podía apreciarse en el supuesto de autos, dadas las características singulares en él concurrentes. Estas últimas determinan, igualmente, la imposibilidad de acoger como pauta jurisprudencial aplicable las sentencias citadas en el escrito de interposición del recurso, que responden a supuestos de hecho distintos en los que la Sala pudo admitir el carácter manifiesto de la incompetencia denunciada.”*

Esta postura del Alto Tribunal es plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa, aún con más razón por cuanto la atribución competencial a la Junta de Andalucía se contenía, no en norma reglamentaria, sino en el Estatuto de Autonomía y en el correspondiente Real Decreto de Transferencias. Dado que al dictarse las resoluciones sancionadoras la normativa vigente atribuía a la Junta de Andalucía la competencia para dictarlas, es evidente que no cabía que los actos controvertidos fueran dictados por un órgano distinto. Por tanto, dado que la anulación del artículo 51 EAA y del RD de transferencias es posterior en el tiempo a las resoluciones sancionadoras, la competencia del órgano autor de los actos al tiempo de dictar éstos era evidente, no siendo acertada, entendemos, la postura de los juzgados de considerar manifiesta la falta de competencia.

Pues bien, la interpretación de los juzgados hemos de considerarla contraria al propio tenor del artículo 40.1 LOTC, así como a una interpretación sistemática y acorde con la Jurisprudencia y la doctrina del TC. Es contraria a una interpretación literal del artículo 40.1 LOTC dado que dicho precepto permite revisar procedimientos sancionadores donde se hayan aplicado leyes anuladas, resultando de dicha anulación “*una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.*” En los procedimientos del que conocieron los Juzgados, las sanciones se impusieron por haberse cometido por el recurrente infracciones tipificadas en el RD Legislativo 1/2001, en relación con diversos artículos del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, preceptos no afectados por la STC y plenamente vigentes. En consecuencia, la anulación del artículo 51 LO 2/2007, ni ha supuesto una reducción de la pena o la sanción, ni tampoco una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad en el sentido que establece el artículo 40 LOTC, únicamente ha incidido (y no es poco) en la distribución competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma.



Así lo ha entendido, entre otros, GÓMEZ MONTORO, en “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional” (Coed. Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid 2001). Allí afirma que “*No es, efectivamente, igual que la norma procesal sea declarada inconstitucional por vulnerar el derecho a la defensa, a la prueba, o a un proceso con todas las garantías, que lo sea por omisión de trámites del procedimiento legislativo o por no respetarse el carácter orgánico que deben tener las leyes que regulan «la composición, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales» (art. 122.1 CE). Entendemos que la retroactividad in bonum sólo será posible cuando el vicio de inconstitucionalidad de la ley implique la nulidad de la condena, bien por afectar al principio de legalidad o por limitar los derechos fundamentales que rigen el proceso.*” En los casos analizados, lo que se ha anulado es la norma que establecía la distribución competencial Estado-Comunidad Autónoma, pero no los tipos en que incurrieron las conductas de los administrados, que se mantienen plenamente vigentes, por lo que la responsabilidad del infractor no se ha visto afectada.

Con todo, nuestra crítica fundamental, no es tanto a las sentencias de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, sino a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo. Las sentencias –y más si son de nuestro alto Tribunal–, lo que nunca pueden hacer es llamar al caos, so pena de subvertir los principios generales del Derecho. Esta postura del Tribunal Supremo, retrotrayendo los efectos de la sentencia al momento del dictado del artículo 51 EAA, supone haber dejado a las aguas de la cuenca del Guadalquivir sin Administración competente durante cerca de tres años, con todo lo que ello implica para la gestión de los intereses públicos, y por lo tanto para el interés de toda la ciudadanía. Hasta ahora los particulares, en lógica defensa de sus intereses, están viendo estimados sus recursos contra sanciones por los motivos que hemos expuesto. ¿Debería ahora la Junta de Andalucía, a la vista de las sentencias analizadas, proceder a la revisión de oficio de las autorizaciones otorgadas en la cuenca del Guadalquivir como consecuencia de su falta de competencia *ab initio*, según sostiene el Tribunal Supremo? ¿Cómo se consideraría dicha postura, jurídicamente acorde con la interpretación del Alto Tribunal, en términos de responsabilidad en la gestión de los intereses generales y la seguridad jurídica de los ciudadanos? Las respuestas ambas preguntas, más que evidentes, nos reafirman en nuestra posición. Esperamos que estas líneas también hayan servido para aclarar la de los lectores.



# NOTAS DE JURISPRUDENCIA

## Tribunal Constitucional (\*)

### VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

#### A. Comunidades Autónomas.

#### B.2. Competencias.

#### **1. Sentencia 88/2010, de 15 de noviembre (BOE de 17 de diciembre). Ponente: Jiménez Sánchez (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 149.1.13  
*otros:*

*Objeto:* El art. 15.6 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria

*Materias:* Libertad de horarios comerciales: régimen de competencias estatales y autonómicas

El precepto objeto del presente recurso de inconstitucionalidad reza así: *Del mismo modo, la libertad de horarios se extenderá a los establecimientos comerciales minoristas, con una superficie útil de venta y exposición no superior a dos mil quinientos metros cuadrados, que se encuentren situados en zonas de gran afluencia turística.* Se considera por el representante del Estado que la exclusión de determinado tipo de establecimientos de la libertad de horarios proclamada por la norma básica estatal para los situados en las zonas de gran afluencia turística en el primer párrafo del art. 43.3 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, vulnera las competencias del Estado establecidas en el art. 149.1.13

---

(\*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

CE, a cuyo amparo se dicta la normativa estatal en materia de horarios comerciales. El representante del Gobierno de Cantabria se opone a las anteriores consideraciones estimando que el precepto impugnado constituye un desarrollo acorde con la finalidad última perseguida por la base estatal en la materia: favorecer que los turistas puedan adquirir bienes en las citadas zonas, por cuanto el reconocimiento de la libertad de horarios a los grandes establecimientos comerciales implicaría que dicha libertad se extendería más allá de las zonas de gran afluencia turística; procederá el TC a encuadrar el precepto cuestionado en la materia que le sea propia, dentro del sistema de distribución de competencias que se contiene en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Cantabria, aprobado por Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre. Considera el TC que es claro que el precepto impugnado afecta a materia que se integra sin dificultad en el ámbito del *comercio interior*, estimando indudable que el régimen de horarios comerciales pertenece a la citada materia (por todas, STC 164/2006 y la doctrina allí citada); sobre esta materia la Comunidad Autónoma de Cantabria ostenta competencia exclusiva, según el artículo 24.1.13 de su Estatuto de Autonomía, sin que quepa ignorar que sobre esa materia es posible que incidan competencias estatales; como ya se indicó en la STC 254/2004, FJ 7: *a partir de este encuadramiento material hemos dicho en la STC 284/1993, de 30 de septiembre, que sobre el comercio interior pueden incidir las competencias básicas del Estado previstas en el art. 149.1.13 CE, si bien cada Comunidad Autónoma, dentro de su ámbito territorial, podrá ejercer las competencias de desarrollo normativo y/o ejecución, según lo establecido en el respectivo Estatuto en materia de comercio interior [STC 284/1993, de 30 de septiembre, FJ 4 a), con remisión a la STC 225/1993, de 8 de julio]*. Encuadrada del modo expuesto la cuestión controvertida advertirá el TC que durante la pendencia del presente proceso constitucional la numeración del apartado 6 impugnado ha sido modificada por el art. 1.2 de la Ley del Parlamento de Cantabria 7/2004, de medidas administrativas y fiscales, si bien tal modificación resulte irrelevante a los efectos de la resolución del presente recurso de inconstitucionalidad, pues el precepto impugnado ha mantenido invariable su redacción, consistiendo la única variación en que ha pasado a ser el apartado 5 de ese mismo art. 15 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002; asimismo han sufrido modificaciones las previsiones básicas contenidas en el art. 43 del Real Decreto-ley 6/2000, formalmente sustituidas por las establecidas en la Ley 1/2004, de horarios comerciales, que dedica a esta cuestión su

art. 5, *Establecimientos con régimen especial de horarios*, en especial sus apartados 1 y 5, estableciendo una regulación materialmente coincidente con la que el Abogado del Estado reputó vulnerada en el momento de interponer el presente recurso de inconstitucionalidad, la cual, a su vez, no era sino reproducción de la contenida en el art. 3 de la Ley Orgánica 2/1996, complementaria de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y en el mismo precepto del anterior Real Decreto-ley 22/1993, por el que se establecen las bases para la regulación de horarios comerciales. Considerará el TC que ha de ser el art. 5.1 de la Ley 1/2004 el precepto que, formalmente y conforme a su doctrina expuesta en la STC 1/2003, FJ 9, deberá tener en cuenta como parámetro de enjuiciamiento de la adecuación del precepto impugnado al orden constitucional de distribución de competencias, sin perjuicio de señalar su total identidad material con la norma en vigor en el momento de iniciarse el presente proceso constitucional; en efecto, el referido art. 5.1 de la Ley 1/2004 dispone que, entre otros establecimientos comerciales, los instalados en zonas de gran afluencia turística tendrán plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional; por su parte el art. 5.5 prescribe que la determinación de zonas turísticas a las que se refiere el art. 5.1, así como los períodos a que se circunscribe la aplicación de la libertad de apertura en ellas, corresponderá a cada Comunidad Autónoma para su respectivo ámbito territorial; proclamándose ambos preceptos dictados *en ejercicio de las competencias exclusivas del Estado en materia de bases y ordenación de la economía, reconocidas en el art. 149.1.13 CE y con el respeto a las competencias en materia de comercio interior de las Comunidades Autónomas*, tal como reza su disposición final primera. Considera el TC que el examen del ahora vigente art. 15.5 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002 habrá necesariamente de realizarse teniendo en cuenta que la cuestión que se suscita en el presente proceso es la de si el precepto autonómico cuestionado puede ser entendido como un desarrollo de las bases estatales compatible con ellas o ha de considerarse que no ha respetado tal normativa básica estatal, resultando vulnerador del orden constitucional de distribución de competencias. La eventual vulneración de la normativa básica determinará que nos encontremos ante un supuesto denominado por el TC (STC 166/2002, FJ 3) una inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto, puesto que la normativa autonómica será contraria al orden de distribución de competencias por infringir la normativa estatal básica, lo que exigirá, además de apreciar que la contradicción entre

ambas normas, estatal y autonómica, es efectiva e insalvable por vía interpretativa, comprobar que la norma estatal que se propone como canon de constitucionalidad tiene ese proclamado carácter básico atendiendo a las competencias que corresponden al Estado, puesto que la disposición autonómica únicamente vulnerará el orden constitucional de distribución de competencias cuando el propio precepto estatal es respetuoso con dicho orden. Considera el TC obvio que el apartado 1 del art. 5 de la Ley estatal 1/2004 ha de considerarse formalmente básico, pues como tal es declarado en la disposición final primera de la Ley estatal 1/2004, la cual entiende que la totalidad de las previsiones de la citada norma legal se encuentran amparadas por las competencias reconocidas al Estado por el art. 149.1.13 CE; en relación a su carácter materialmente básico, apreciará el TC que la Ley estatal 1/2004 establece un régimen mínimo de regulación en materia de horarios comerciales dentro del cual las Comunidades Autónomas pueden optar por grados superiores de liberalización; así tiene en su conjunto por finalidad la fijación de las bases de la regulación de los horarios comerciales, aspecto éste particularmente relevante en la ordenación de la actividad comercial minorista, rama o sector de la economía nacional respecto a la cual el Estado puede establecer medidas básicas en cuanto lo requiera la adecuada ordenación de la actividad económica. Dichas medidas, integradas en una acción legislativa que persigue un objetivo general de política económica por su incidencia en el sector de la distribución, consisten en la combinación de un régimen limitativo de los horarios comerciales con el reconocimiento de la proclamación de la libertad de horarios para determinados tipos de establecimientos comerciales en razón de su actividad o ubicación, entre los que se encuentran los situados en las denominadas zonas de gran afluencia turística; considerará, asimismo el TC que en este caso se trata de una opción que, por su carácter de excepción al régimen general en materia de horarios comerciales, precisa de una decisión unitaria y homogénea para el conjunto del Estado, aun cuando la misma se haya formulado con carácter abierto, de forma que su plasmación concreta precisa de las decisiones que al efecto adopte la Comunidad Autónoma en cuanto titular de las competencias sobre comercio interior. En tal sentido, como medida singular de ordenación económica en un contexto de intervención administrativa en cuanto a la determinación de los días y horas hábiles para el ejercicio del comercio, el Estado ha establecido el principio de libertad de horarios en estas zonas, cohonstando los intereses particulares y sectoriales de los empresarios y comer-

ciantes y de los consumidores, en atención a la trascendencia que para la actividad económica en general y la comercial en particular puede tener, en cuanto estímulo a la demanda privada de bienes de consumo y al empleo en dichas zonas, la afluencia en ellas de turistas; considera el TC que así no se vacía aquí de contenido el título competencial autonómico en materia de comercio interior, por cuanto la base estatal no agota toda la normación ni monopoliza toda actuación pública posible sobre la materia, sino que se limita a establecer que la libertad horaria en esas zonas, con el alcance geográfico y temporal derivado de la previa decisión autonómica (art. 5.5 de la Ley estatal 1/2004), se aplicará a todo tipo de establecimientos; en el presente caso, la norma estatal ha establecido una regla general: la libertad de las empresas para la fijación de los horarios de sus establecimientos si los mismos se hallan en zonas calificadas por la Comunidad Autónoma como de gran afluencia turística; en la medida en que su contenido es un régimen de libertad de actividades, resulta obvio que dicho precepto no requerirá ulteriores desarrollos o matizaciones; sin embargo para el TC lo anterior no significa que se haya producido un desplazamiento absoluto de la competencia autonómica, pues no puede obviarse que, aun cuando la misma se haya reducido en este concreto punto, posee un ámbito mucho más extenso que el estrictamente referido a él. La base estatal requiere de la actuación autonómica, de forma que la uniformidad mínima inherente a toda norma básica no vacía ni predetermina por sí sola la competencia autonómica, por cuanto es a la propia Comunidad Autónoma a la que corresponde precisar las zonas en las que, por ser calificadas como de gran afluencia turística, es aplicable la libertad horaria, por lo que la existencia de ésta se vincula a las decisiones autonómicas relativas a la determinación de las zonas de su territorio que, a efectos comerciales, hayan de ser consideradas como tales zonas de gran afluencia turística y a los períodos de tiempo a que dicha libertad horaria quedará circunscrita. Ambas circunstancias están previstas en la propia legislación cántabra que, conforme a lo expuesto, disfruta de un margen de desarrollo de la normativa básica para el establecimiento de una política propia en la materia en el marco definido por la base estatal, la cual, en todo caso, impide que se discrimine entre tipos de establecimientos en función de su superficie; considerará el TC que todo ello es conforme con su reiterado criterio respecto a la articulación de las bases y su desarrollo como esquema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a fin de permitir que cada Ente Autónomi-

co introduzca las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial que en la materia diseñe el bloque de la constitucionalidad; en atención a estas consideraciones estimará el TC que el apartado 1 del art. 5 de la Ley estatal 1/2004, en cuanto establece la libertad de horarios para los establecimientos situados en zonas de gran afluencia turística, ha de considerarse una norma básica legítimamente dictada al amparo del art. 149.1.13 CE. Desde este planteamiento, considerará el TC que basta la simple comparación del contenido de ambos preceptos legales para poner de manifiesto que el actual art. 15.5 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002 ha incurrido en contradicción con lo dispuesto en el art. 5.1 de la Ley estatal 1/2004, pues resulta claro que el primero restringe la libertad de horarios en zonas de gran afluencia turística a los establecimientos comerciales minoristas cuya superficie útil de venta y exposición supere dos mil quinientos metros cuadrados, limitación no contenida en la legislación básica estatal en materia de horarios comerciales; dicha previsión implica establecer restricciones al régimen de libertad de horarios no previstas por la normativa básica estatal, la cual no hace distinciones en función de la mayor o menor superficie del establecimiento comercial; considera el TC que ello supone un exceso del legislador autonómico en el ejercicio de su competencia estatutaria en materia de comercio interior; lo que conlleva la declaración de inconstitucionalidad de la disposición legal recurrida por contravenir el orden constitucional de distribución de competencias.

**2. Sentencia 113/2010, de 24 de noviembre (BOE de 24 de diciembre). Ponente: Jiménez Sánchez (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* art. 149.1.18  
*otros:*

*Objeto:* Disposición adicional segunda y la disposición transitoria segunda, apartados 1 y 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera

*Materias:* Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos: mérito y capacidad como criterios imperativos de los criterios de selección.

Se considera que los preceptos impugnados vulneran la normativa



básica del Estado dictada en materia de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos ex art. 149.1.18 CE, normativa en la que se incluye el régimen de acceso a la función pública por entender que los preceptos impugnados permiten el acceso a determinadas escalas de funcionarios a personas que podrían carecer de la titulación exigida legalmente para ello; con las disposiciones impugnadas se permite que determinados funcionarios se incorporen a ciertas escalas del Cuerpo Superior Facultativo de la Administración pública canaria, perteneciente al grupo A, y del Cuerpo Facultativo de Técnicos de Grado Medio, perteneciente al grupo B, sin tener la titulación correspondiente, lo que vulnera frontalmente el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, tal y como garantiza la normativa básica estatal. A favor de la plena constitucionalidad de la disposición impugnada se afirma que éstos no han de ser interpretados en el sentido dado por el Abogado del Estado, puesto que no prevé una integración de las personas a los que se refieren en las escalas creadas en la Ley 8/1999, ni tampoco habilitan el acceso a grupos de clasificación distintos a los correspondientes a su titulación, sino que se limitan a disponer la integración de dichas personas en los grupos de clasificación, correspondientes a su titulación, a los que pertenecían al tiempo en que se operó su transferencia a la Comunidad Autónoma, sin integrarse en las nuevas escalas creadas por la Ley autonómica; y, en el otro, a proporcionar similar solución al personal interino que prestaba servicios en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera. Considerará el TC que se plantea aquí un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta, por derivar la posible infracción constitucional, no de la incompatibilidad directa de las disposiciones impugnadas con la Constitución, sino de su eventual contradicción con preceptos básicos estatales; traerá en su apoyo la STC 31/2006, FJ 2.: *[será] obligado comenzar por precisar que, si la impugnación de la norma autonómica se realiza por contradecir la norma básica estatal, el éxito de la impugnación requerirá, de un lado, la constatación de que en efecto la norma estatal reúne la condición de básica y que, por lo tanto, ha sido dictada al amparo de la distribución constitucional de competencias. De otra parte, habrá de verificarse si existe una verdadera y real contradicción entre la norma impugnada y la norma estatal básica que no pueda ser salvada con una interpretación de la norma cuestionada conforme con la Constitución (STC 4/1981), toda vez que el principio de conservación de la ley (SSTC 63/1982 y 16/1998,) habilita a este Tribunal para concluir que, de esa manera interpretada, la norma impugnada no sería contraria al orden constitucional de competencias (STC 38/2004); considera el Tc que la mencio-*

nada operación se habrá de realizar atendiendo a su consolidada doctrina (por todas, STC 44/2007, FJ 7), en virtud de la cual la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por parte de este Tribunal; estima el TC que debe determinar, en primer lugar, cuál sea esta normativa básica, vigente en el momento de la resolución del presente recurso de inconstitucionalidad, que ha de operar, llegado el caso, como parámetro de constitucionalidad de los preceptos autonómicos impugnados. Las normas básicas citadas y vigentes en el momento del recurso han perdido su vigencia durante la pendencia del presente proceso constitucional, siendo sustituidas por otras, las cuales, en la medida en que constituyen la normativa que ha ocupado el lugar de la invocada, deberá ser tenida en cuenta en el enjuiciamiento del TC. La Ley 30/1984 ha sido, en su mayor parte, derogada, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (en adelante LEEP), derogación que ha afectado a los arts 19.1 y 3 y 25 de la Ley 30/1984 [disposición derogatoria única b)]; mas advertirá el TC que no obstante esta derogación formal la LEEP contiene normas materialmente similares a los preceptos citados; así, el art. 19 de la Ley 30/1984 hacía referencia a la necesaria garantía de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en los sistemas de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas; dicha garantía es la que aparece ahora consagrada en el art. 55 LEEP, el cual, bajo la rúbrica Principios rectores del acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio, dispone que: *1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases; b) Transparencia; c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección;* en el mismo sentido dispone el 61.6 LEEP que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición. El segundo precepto de la Ley 30/1984 invocado por el Abogado del Es-

tado, el art. 25, disponía la agrupación de los cuerpos, escalas, clases y categorías de funcionarios en grupos determinados en función de la titulación exigida para el ingreso; en términos similares la LEEP, después de establecer en su art. 56.1 e), como requisito para la participación en los procesos selectivos, el de la posesión de la titulación exigida, dispone en el art. 75.1 que *[l]os funcionarios se agrupan en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo*, y fija, en su art. 76, los grupos de clasificación aplicables a los cuerpos y escalas de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a ellos, previsión que ha de entenderse, en cuanto a su efectiva implantación, en los términos de la disposición transitoria tercera del mismo texto legal: las mencionadas previsiones de la LEEP han de considerarse básicas, no solamente al haber sido formalmente declaradas como tales en la disposición final primera LEEP, sino porque su carácter materialmente básico se deduce sin dificultad de anteriores pronunciamientos del TC [por todos, STC 31/2006, FJ 3 a) y b) y doctrina allí citada], en cuanto se trata de una cuestión que conecta con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas y con los principios constitucionales que deben integrarlo. En efecto, aun cuando las referidas decisiones del TC se hayan adoptado en relación a las disposiciones de la Ley 30/1984 resulta evidente que las razones que condujeron al TC a considerar básicas las citadas disposiciones son también aplicables a los preceptos de la LEEP. Traerá en su apoyo el TC (por todas, STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 8): *en materia de función pública al Estado le corresponde, en virtud del art. 149.1.18 CE, establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que, empleada por los arts. 103.3 y 149.1.18 CE, ha de entenderse referida a los funcionarios de todas las Administraciones públicas, incluyendo materialmente en su ámbito, ‘en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas’ [SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3 c); 56/1990, de 29 de marzo, FJ 19]. Las normas vigentes en el momento de producirse la cuestión que se debate ya no están en vigor; será decisión del TC que la norma que viene ahora a regular esa misma cuestión, la disposición derogatoria única 1, letras b) y d), de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, norma esta última*

que, conforme al criterio anteriormente expuesto, será la que, en su caso, deberá ser tenida en cuenta a efectos de resolver la cuestión planteada; recordará el TC que la nueva norma dispone que *Son bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes, además de las recogidas, con tal carácter, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, las reguladas por esta Ley y la normativa que la desarrolle, para el ingreso, la movilidad entre los cuerpos docentes, la reordenación de los cuerpos y escalas, y la provisión de plazas mediante concursos de traslados de ámbito estatal. El Gobierno desarrollará reglamentariamente dichas bases en aquellos aspectos básicos que sean necesarios para garantizar el marco común básico de la función pública docente. Las Comunidades Autónomas ordenarán su función pública docente en el marco de sus competencias, respetando, en todo caso, las normas básicas a que se hace referencia en el apartado anterior;* por su parte la disposición adicional duodécima de la misma Ley regula el ingreso y la promoción interna, estableciendo, al inicio de su apartado primero, que *[e]l sistema de ingreso en la función pública docente será el de concurso-oposición convocado por las respectivas Administraciones educativas;* en relación con ello la disposición adicional novena establece los requisitos de titulación y formación pedagógica y didáctica exigibles para el ingreso en los cuerpos de funcionarios docente; el apartado 5 de la ya citada disposición adicional duodécima permite a los funcionarios docentes acceder a un cuerpo del mismo grupo y nivel de complemento de destino, sin limitación de antigüedad, siempre que posean la titulación exigida y superen el correspondiente proceso selectivo; por último, la disposición transitoria decimoséptima habilita al Ministerio de Educación y Ciencia para proponer a las Administraciones educativas, a través de la Conferencia Sectorial de Educación, la adopción de medidas que permitan la reducción del porcentaje de profesores interinos en los centros educativos, así como dispone que, durante los años de implantación de la Ley Orgánica 2/2006, el acceso a la función pública docente se realizará mediante un procedimiento selectivo de concurso-oposición en cuya fase de concurso se valorarán la formación académica y, de forma preferente, la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa hasta los límites legales permitidos. La fase de oposición, que tendrá una sola prueba, versará sobre los contenidos de la especialidad que corresponda, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para el ejercicio de la docencia. Para la regulación de este procedimiento de concurso-oposición se tendrá en cuenta lo previsto en el apartado anterior, a cuyos efectos se requerirán los informes oportunos de las Ad-

ministraciones educativas. De este complejo normativa extrae el TC que la conclusión de que las referencias de la misma a la Ley 30/1984 hay que entenderlas referidas a la LEEP en aquellos aspectos en los que la regulación de éste ha sustituido a la de aquélla; en segundo lugar, se reitera la conclusión ya alcanzada en la STC 31/2006, FJ 3 c), en el sentido de que la normativa educativa asume, por remisión y también de forma explícita, la vigencia de los principios fijados por la normativa general en materia de función pública en lo relativo a los aplicables a la selección y acceso del personal al servicio de las Administraciones públicas; así, a los efectos de los extremos que han de ser dilucidados en el presente recurso de inconstitucionalidad, considerará el TC que no resulta relevante pronunciarse acerca del carácter docente o no docente de los cuerpos de funcionarios en cuestión, en la medida en que la base estatal es coincidente; sin embargo, para un mejor análisis del problema planteado en el presente proceso es conveniente también examinar el régimen normativo regulador de los cuerpos de personal de Institutos Politécnicos Marítimo-Pesqueros; recordará el TC que la Ley estatal 43/1981 sobre creación de cuerpos de personal docente para los Institutos Politécnicos Nacionales Marítimo-Pesqueros, creó, bajo la denominación de Cuerpos de profesores numerarios y de maestros de taller de dichos Institutos, dos cuerpos especiales de la Administración civil del Estado, precisando, en su artículo 3, las titulaciones necesarias para el ingreso en ellos; al tiempo que tendrá en cuenta que estas titulaciones resultaban ser para el Cuerpo de profesores numerarios las de licenciado, arquitecto, ingeniero, titulados de la carrera superior de náutica en sus tres ramas e ingeniero técnico o equivalentes; y para el de maestros de taller las correspondientes a enseñanzas medias (bachiller, técnico especialista correspondiente a la formación profesional de segundo grado y equivalentes); también recordará cómo el Real Decreto 2682/1982 determinó las funciones, dictó normas para el ingreso en los citados cuerpos y estableció el régimen de solicitudes de integración, sin que, por último, la regulación establecida al efecto se viera afectada por las medidas de reorganización de la Ley 30/1984, norma que no hace mención expresa a estos cuerpos de funcionarios; así como por Real Decreto 1939/1985 de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de enseñanzas profesionales náutico-pesqueras, se traspasaron a la Comunidad Autónoma de Canarias las funciones en la materia, entre las cuales se incluye el nombramiento, traslado, promoción, perfeccionamiento y movilidad del personal adscrito a los centros y servicios

transferidos. Tras esta descripción de la norma vigente, considera el TC encontrarse en condiciones de comenzar a analizar las tachas de inconstitucionalidad que el Abogado del Estado imputa a los preceptos impugnados, a saber, si existe una esencial contradicción entre las normas recurridas y la normativa básica estatal. Se referirá, a estos efectos, separadamente a lo establecido en la disposición adicional segunda y en la disposición transitoria segunda, apartados 1 y 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1999, ya que en una y otra se abordan cuestiones distintas que han de recibir una respuesta diferenciada por parte de este Tribunal Constitucional. Comienza recordando a estos efectos lo dispuesto en la disposición adicional segunda, a cuyo tenor: *Los funcionarios de carrera a que se refiere la disposición anterior, que fueron transferidos a la Comunidad Autónoma de Canarias en virtud del R. D. 1939/1985, de nueve de octubre, y que hasta la fecha de entrada en vigor de la presente Ley han venido prestando servicios docentes en los dos Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias, sin reunir los requisitos de titulación y condiciones establecidas en esta Ley, se integrarán en los grupos de clasificación correspondientes en que hayan sido transferidos, con la consideración de ‘a extinguir’.* A tenor de la redacción literal del precepto apreciará el TC que, frente a lo afirmado por el Abogado del Estado, el precepto transcrito no regula la selección o el acceso a la función pública canaria de personas que carecerían de la titulación exigida; los destinatarios de esta norma ya ostentan, en virtud de las normas estatales la condición de funcionarios de carrera de los Cuerpos de profesores numerarios y de maestros de taller; en esas condiciones fueron traspasados a la Comunidad Autónoma de Canarias en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 1939/1985. Por ello considerará el TC que se encuentra ante una norma que tiene como objeto regular determinados aspectos de un personal que fue transferido a la Comunidad Autónoma para realizar una actividad profesional en los servicios de su propia Administración Pública. Por lo que se refiere a la situación del personal funcionario transferido no olvida que la Ley 12/1983, del proceso autonómico, estableció en su artículo 24.1 que *los funcionarios adscritos a órganos periféricos de la Administración estatal o de otras instituciones públicas, cuyos servicios sean transferidos a las Comunidades Autónomas, pasarán a depender de éstas, en los términos previstos en el art. 25.1 de esta misma Ley, siéndoles respetados los derechos de cualquier orden que les correspondan en el momento del traspaso, señalando el artículo 25 que [l]as Comunidades Autónomas asumirán todas las obligaciones del Estado en relación con los mismos y [l]os funcionarios a que se refiere el presente artículo no podrán ser adscritos en las Comunidades Autónomas a puestos*

de trabajo que no correspondan a su categoría y Cuerpo o Escala; por su parte el artículo 12 de la Ley 30/1984, al regular la situación de los funcionarios transferidos, señalaba en su apartado 1 que *los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas. Las Comunidades Autónomas, al proceder a esta integración de los funcionarios transferidos como funcionarios propios, respetarán el grupo del Cuerpo o Escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes al grado personal que tuviesen reconocido*; sin olvidar que en esa misma línea el art. 88.2 LEEP establece, con carácter de norma básica ex art. 149.1.18 CE, que *[l]os funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas, hallándose en la situación de servicio activo en la Función Pública de la Comunidad Autónoma en la que se integran, así como que [l]as Comunidades Autónomas, al proceder a esta integración de los funcionarios transferidos como funcionarios propios, respetarán el Grupo o Subgrupo del cuerpo o escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes a la posición en la carrera que tuviesen reconocido*; tendrá en cuenta el TC que la disposición transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía de Canarias establece que los funcionarios adscritos a servicios de titularidad estatal que resulten afectados por los traspasos a la Comunidad Autónoma pasarán a depender de ésta, siéndoles respetados todos los derechos de cualquier orden y naturaleza que les correspondieran en el momento del traspaso; previsión ha sido recogida por la Ley 2/1987 de regulación de la función pública canaria, cuya disposición transitoria primera aborda la integración en la función pública autonómica de los funcionarios transferidos, estableciendo en su apartado Dos.2 que *[l]os funcionarios transferidos, y los que puedan serlo en el futuro que, conforme a las normas anteriores, no puedan ser integrados en los cuerpos o escalas creados en esta Ley se integrarán en el grupo de clasificación correspondiente con el que hayan sido transferidos con la consideración de a extinguir*, previsión no controvertida con la perspectiva competencial y de la cual la impugnada resulta ser un reflejo. De ahí que aprecie el TC que de lo que aquí se trata es de la regulación que una Comunidad Autónoma ha establecido para que un determinado personal quede integrado en la organización de su propia Administración, operación en la que no cabe discutir que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de la potestad de autoorganización de que disponen, puedan configurar su propia función pública con arreglo a los criterios que, dentro del respeto al orden constitucional de distribución de competencias, consideren adecuados; el TC recordará, en este sentido su STC 110/2004, FJ 4 b): *En efecto, admitido que la Administración pública*

(con mayor lógica, el legislador) disfruta de cierta discrecionalidad para configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio, es razonable pensar que dispone de un especial margen de actuación 'en especial cuando se trata de resolver situaciones particulares que precisen, por razones de transitoriedad o especialidad, una adecuación o actualización de regímenes jurídicos y retributivos (AATC 1268/1987 y 1053/1988, entre otros). No cabe duda que dentro de esas situaciones particulares cabe incluir las que nacen de procesos de transferencias, como el presente, en los que, entre otros extremos, hay que acomodar y adecuar a la Administración receptora a personas que, con uno u otro status, prestaban sus servicios en otro Ente' (STC 57/1990, Fj 2; vid. también ATC 54/1992, Fj 3); apreciará el Tc que la Administración receptora y la propia legislación autonómica disponen de amplias facultades para establecer la estructura y organización de sus propios medios y para adecuar y acomodar a los mismos el personal transferido, aunque, evidentemente, todo ello sobre la base del respeto a los derechos del personal transferido, tal como se contempla en la normativa básica estatal; apreciará el TC que la finalidad de la disposición autonómica impugnada no es la integración automática en las Escalas creadas por la Ley autonómica 8/1999 de los funcionarios de los Cuerpos de profesores numerarios y de maestros de taller que carecieran de la titulación que resultaría exigible, pues tal integración no resulta de lo dispuesto en el precepto impugnado; al contrario, la finalidad de éste resulta ordenada a responder a la necesidad de hacer frente a una situación excepcional en la que se encontraba determinado personal que ya tenía la condición de funcionario de carrera en el momento en que fue transferido a la Comunidad Autónoma, situación excepcional que vendría dada por la carencia del título académico habilitante correspondiente a cada uno de los grupos de titulación establecidos en la normativa básica estatal; será criterio del TC que la respuesta a dicha situación excepcional requiere cohonestar la capacidad autonómica para configurar su propia función pública con la obligación, derivada tanto de lo dispuesto en el EACan como en la propia normativa básica estatal, de preservar la posición de los funcionarios transferidos en el doble plano económico y administrativo o profesional, todo ello sin violentar la normativa básica estatal de la que se desprende la consideración, con carácter general, de los títulos académicos como criterio taxonómico para clasificar los cuerpos, escalas, clases y categorías de los funcionarios; en este sentido recordará el TC la STC 76/1983, la cual al resolver (FJ 40) la constitucionalidad del art. 31.2 del Proyecto de Ley Orgánica de armonización del proceso autonómico, dijo *en él se establece la forma de garantizar*



*a los funcionarios estatales transferidos que pertenezcan a Cuerpos o Escalas los derechos adquiridos, de cualquier orden y naturaleza, que poseyeran en el momento de la transferencia, exigencia que se halla expresamente establecida en la totalidad de los Estatutos de Autonomía, en relación a lo cual se afirmó que esta garantía implica, en relación con estos funcionarios, el mantenimiento de su situación estatutaria; de aquí que el precepto les reconozca los mismos derechos económicos, de carrera y profesionales que correspondan a los funcionarios en servicio activo de los Cuerpos o Escalas de que procedan.* Atendida la excepcional situación en la que se encuentran unos funcionarios en trance de ser integrados en la función pública canaria, apreciará el TC que, al tratarse de funcionarios transferidos, la Comunidad Autónoma puede disponer su integración en los cuerpos y escalas creados al efecto respetando las exigencias de grupo y titulación que se derivan de la normativa básica, lo que la Ley canaria 8/1999 ha hecho en su DA 1<sup>a</sup>, que no ha sido impugnada en el presente proceso; al tiempo, considerará el TC que la Ley autonómica ha de atender asimismo a la obligación de respetar los derechos adquiridos por quienes eran ya funcionarios de carrera, tanto con anterioridad a la introducción por la Ley 30/1984 de la base estatal relativa a la clasificación de los cuerpos y escalas de funcionarios en función de la titulación exigida para el ingreso en ellos como, lógicamente, en el momento de producirse la posterior transferencia; respeto de los derechos adquiridos que ha sido atendido del mismo modo que el establecido en el régimen general de la función pública canaria desde 1987, sin que éste último haya generado controversia competencial alguna; encuentra el Tc que la norma impugnada encuentra su sentido en la necesidad de hacer frente a la excepcional situación en la que se encontraba un determinado grupo de funcionarios de carrera, los cuales, de esta forma, no ven alterada su situación, sin que tampoco, por impedirlo tanto la normativa básica como la propia legislación canaria en materia de función pública, se integren en las Escalas específicamente creadas por la norma autonómica. Considerará el TC que la conclusión alcanzada se corrobora si se interpretan sistemáticamente las disposiciones adicionales de la Ley 8/1999, que a este último extremo una previsión distinta de la aquí impugnada en cuya virtud se establece la regla general de integración en las Escalas creadas por la norma autonómica de aquellos funcionarios que, pertenecientes a alguno de los dos cuerpos, ostenten la titulación exigida por la propia Ley 8/1999; regla general de integración de la que la impugnada disposición adicional segunda se configura como excepción para hacer posible, tanto la integración de los funcionarios de carrera en la fun-

ción pública canaria, como el respeto de las condiciones en que dichos funcionarios de carrera fueron transferidos por el Estado, quedando justificada su excepcionalidad por la necesidad del legislador canario de proporcionar una solución normativa para la integración en la función pública canaria de las personas que se encuentran en la situación descrita, caracterizada por la pertenencia a un cuerpo de funcionarios para cuyo acceso no se exigía, en su momento, la titulación académica que resulta de la aplicación de lo dispuesto en la sobreenvenida normativa estatal y autonómica; concluirá así el TC que no aprecia que la normativa autonómica cuestionada incurra en la contradicción con los mandatos de la normativa básica que resulta imprescindible para apreciar la inconstitucionalidad del precepto autonómico, pues la finalidad de la disposición impugnada es responder a una previa situación derivada de las peculiares circunstancias en las que se produjo el traspaso de este personal de una forma que se inspira directamente en los criterios ordenadores de la función pública canaria. Considera el Tc que ésta constituye la respuesta que viene a suponer el mantenimiento de la situación en la que estos funcionarios de carrera fueron transferidos por el Estado, quedando expresamente excepcionados de la integración en las escalas de funcionarios autonómicos creadas por la Ley 8/1999, integración que se dispone solamente para los funcionarios que ostenten la titulación exigida en la misma; se trata, en definitiva, de la forma en que el legislador canario ha decidido integrar en la función pública autonómica a aquellos funcionarios de carrera que, reuniendo tal condición, carecen del requisito de titulación exigido para pertenecer a las escalas creadas por la Ley 8/1999; sin que aprecie el TC la real y efectiva contradicción entre la norma estatal y la autonómica de la que se derivaría la vulneración del orden constitucional de distribución de competencias. Procede ahora el Tc a analizar la disposición transitoria segunda, apartados 1 y 3, recordando que los mismos son del siguiente tenor literal: *1. Los funcionarios interinos que fueron transferidos a la Comunidad Autónoma de Canarias en virtud del Real Decreto 1939/1985, de 9 de octubre, y que hasta la fecha de la entrada en vigor de la presente Ley, han venido prestando servicio en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias con anterioridad al día 22 de agosto de 1984, sin reunir los requisitos de titulación y condiciones establecidas en esta Ley [el resaltado en cursiva de este extremo es nuestro], podrán asimismo acceder a la condición de funcionarios de carrera mediante la participación en las pruebas a que se refiere el número 1 de la disposición anterior e integrándose, en caso de superarlas, en los grupos de clasificación a que se refiere la disposición adicional segunda de la presen-*

*te Ley con la consideración de ‘a extinguir’. [...] 3. El personal docente interino que viene prestando servicio en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias con posterioridad al día 22 de agosto de 1984 y anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, sin reunir los requisitos de titulación y las condiciones establecidos en esta Ley, podrán acceder asimismo a la condición de funcionarios de carrera mediante la participación en las pruebas a que se refiere el número 3 de la disposición anterior e integrándose, en caso de superarlas, en los grupos de clasificación a que se refiere la disposición adicional segunda de la presente Ley, con la consideración de ‘extinguir’.* Apreciará el TC que estas normas hacen referencia, por un lado, a los funcionarios interinos que, teniendo tal carácter en la fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1984, y habiendo sido transferidos a la Comunidad Autónoma en virtud del Real Decreto 1939/1985, hayan venido prestando servicios en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 8/1999, así como, por otro, al personal docente interino que viene prestando servicios en dichos Institutos con posterioridad al 22 de agosto de 1984 y con anterioridad a la entrada en vigor de la LOGSE, respectivamente, y que no reúnan, en uno y otro caso, los requisitos de titulación y las condiciones establecidas en la propia Ley 8/1999; las normas citadas permiten acceder a dichas personas a la condición de funcionarios de carrera mediante la participación en las pruebas específicas que se convoquen, *integrándose, en caso de superarlas, en los grupos de clasificación a que se refiere la disposición adicional segunda de la presente Ley, con la consideración de ‘a extinguir’;* constituyendo tales pruebas específicas, para el caso de los funcionarios interinos, en un concurso-oposición, en el que se valorarán los servicios efectivos prestados, y, para el caso del personal interino que presta servicios con posterioridad al 22 de agosto de 1984, en un concurso-oposición libre, que constará de pruebas teóricas y prácticas en las que se valorarán los conocimientos sobre los contenidos curriculares y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos así como los méritos académicos; apreciará, en suma, el TC que las normas impugnadas establecen que el personal contemplado en ellas, cuyo vínculo con la Administración pública canaria viene definido por la nota de interinidad, bien por haber sido transferido en tal condición, bien por haber sido posteriormente nombrado con tal carácter, adquiera, mediante la superación de las pruebas previstas en ambos apartados del precepto, la condición de funcionario de carrera de la Administración de la Comunidad Autónoma canaria en los términos previstos en esos mismos aparta-

dos 1 y 3 de la disposición transitoria segunda; de acuerdo con la citada DT 2ª, la carencia de la titulación necesaria no sería obstáculo para el acceso a dicha condición de funcionario de carrera, sino que solamente impediría su integración en las escalas creadas por la Ley 8/1999; tal sería la consecuencia de la utilización de una fórmula, la de la integración en un grupo de titulación con la consideración “a extinguir”, de la que, con arreglo a la propia normativa canaria en materia de función pública, puede inferirse tanto su carácter excepcional como su aplicación, en principio, únicamente a la situación de quienes, siendo ya funcionarios de carrera, resultan transferidos a la Comunidad Autónoma como consecuencia de los traspasos de funciones y servicios inherentes al desenvolvimiento del Estado autonómico. Considerará el TC que la cuestión que ha de dilucidar aquí es la de si el mecanismo de acceso a la función pública previsto en los apartados impugnados, en particular, en lo relativo a la dispensa de la titulación necesaria en atención a la previa vinculación con los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias, resulta o no ajustado al orden constitucional de distribución de competencias; comenzará recordando que la posesión de la titulación académica como requisito para el acceso al empleo público ha sido reiteradamente establecida por el legislador estatal con carácter indudablemente básico [inicialmente en el art. 25 de la Ley 30/1984 y ahora en el art. 56.1 e) LEEP]; esta exigencia, en principio, se refiere a todos aquellos que, tras el establecimiento de la citada base estatal, pretendan acceder a la condición de funcionarios de carrera, aun cuando tal acceso se produzca a partir de una previa situación de interinidad, condición esta última caracterizada por su naturaleza jurídica temporal y precaria, pues los interinos ocupan puestos de trabajo en razón de la urgencia requerida para cubrirlos transitoriamente hasta tanto se provean por funcionarios de carrera, si bien, en el caso que ahora se nos plantea, dicha naturaleza y condición pueda legítimamente ser puesta en duda; recordará el TC que el requisito de la posesión de la titulación adecuada para la ocupación de un puesto de trabajo por personal interino viene también exigido por la propia normativa canaria (art. 65 de la ya citada Ley canaria 2/1987). Considera, por ello, el TC que la situación resulta así ser distinta de la anteriormente examinada respecto a la DA 2ª de la Ley 8/1999, ya que el ámbito de aplicación de ésta última se circunscribe a personas que accedieron a la condición de funcionarios de carrera con arreglo a la normativa vigente en ese momento, esto es, anterior a la promulgación de la Ley 30/1984; sin embargo, considera-

rá el TC claro que el requisito de la posesión de la titulación bastante para el acceso y promoción en el ámbito de la función pública se encuentra taxativamente establecido por las normativas estatal básica y autonómica de desarrollo en materia de función pública, las cuales han recogido lo que ya disponía al respecto el art. 30 de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, sin que considere encontrarse aquí en uno de los supuestos excepcionales previstos por el legislador básico estatal para el acceso a la función pública [tanto en las normas vigentes en el momento de aprobarse la Ley 8/1999 (disposiciones transitorias sexta y decimoquinta de la Ley 30/1984 y disposición transitoria quinta LOGSE) ni, como se apreciará, en la normativa estatal que, con el mismo carácter básico, ha sustituido a las dos leyes citadas]; por esa razón considerará indiscutible que el requisito de la exigencia de la correspondiente titulación no se cumple en los supuestos a que se refieren los apartados 1 y 3 DT 2<sup>a</sup> ya que las normas controvertidas reconocen la posibilidad de acceder, previo el correspondiente proceso, a una plaza en propiedad en el ámbito de la función pública canaria sin tener la titulación requerida por la propia Ley 8/1999. Traerá ahora el TC su reiterada doctrina (por todas, STC 107/2003, FJ 4) que la toma en consideración de la previa prestación de servicios a la Administración puede ser tomada en consideración para evaluar la aptitud o capacidad del aspirante, y de hecho así lo reconoce el propio legislador básico estatal en la disposición transitoria cuarta LEEP, que habilita a las Administraciones públicas para efectuar convocatorias de consolidación de empleo temporal a puestos o plazas de carácter estructural de sus cuerpos, escalas y categorías siempre que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005; también considerará el TC que aun siendo cierto que ya declaró (STC 83/2000, FJ 4), que *la consideración de los servicios prestados no es ajena a los conceptos de 'mérito y capacidad' del art. 103.3 CE, ya que 'el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público y suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados' por la Administración convocante (SSTC 67/1989, Fj 3, y, en igual sentido STC 60/1994, Fj 6; 185/1994, Fj 6)*" también ha advertido que dicha posibilidad no es ilimitada. El legislador autonómico goza de un amplio margen de libertad en la regulación de las pruebas de selección y en la determinación de los méritos y capacidades, tal libertad no es absoluta, uno de los límites es el respeto a la normativa básica estatal en materia de función pública, que desde 1984 fija el taxativo

criterio de establecer, con carácter general y salvo las excepciones previstas en ella, como requisito para el acceso a dicha función pública el de la posesión de unas determinadas titulaciones; en aplicación de dicho criterio el TC ya en su STC 31/2006, declaró en relación a la función pública docente [FJ 4 b)], que no es posible que *las Administraciones autonómicas adopten medidas unilaterales en la materia, ya que nuestra jurisprudencia ha declarado expresamente que las excepciones al sistema de acceso a la función pública (docente) merecen la calificación de legislación básica, por lo que su regulación corresponde, obviamente, al Estado central*. La excepcionalidad de la cuestión que se debate no justifica por sí sola la constitucionalidad de la previsión impugnada, pues se trata de una previsión extraña a todos los procedimientos de acceso a la función pública que, de hecho, conculca los principios de igualdad, mérito y capacidad que disciplinan la adquisición del estatuto funcionarial, sin que el hecho de que tal acceso se produzca en un grupo de clasificación con la consideración “a extinguir” pueda enervar dicha conclusión.; recordando doctrina anterior el TC precisa que *las regulaciones singulares para el personal interino o contratado al servicio de una Comunidad Autónoma no pueden llevar al olvido o a la exclusión de los principios constitucionales a los cuales se viene haciendo alusión que preservan el derecho fundamental al libre e igualitario acceso a la función pública, respeto que habrá de mantenerse –aun cuando quizá menos enérgicamente– en las fases posteriores de la relación funcionarial como es la promoción interna a un nivel superior (STC 27/1991) (STC 388/1993, FJ 2), para concluir: Con más contundencia debe tomarse en consideración esta reflexión cuando no se trata de una medida de promoción interna a un nivel superior, sino de una que pretende facilitar el ingreso en la función pública; al tiempo que recuerda la ya citada STC 31/2006, resolutoria de un caso relativo al acceso a la función pública docente de personas que carecían de la titulación exigida para ello, para extraer el criterio de que la posibilidad de integración en la función pública de quienes carecen de la titulación exigida para el acceso mismo está en franca y patente contradicción con dos normas básicas estatales (arts. 22.1 y 25 de la Ley de medidas ya mencionada), cuya calificación como tales se hace en el pórtico de la misma (art. 1); lo mismo puede concluirse ahora, en cuanto que las previsiones anteriores de la Ley 30/1984 han sido recogidas por el LEEP con el mismo carácter básico [en especial arts. 14 c), 16 y 18 y los ya citados 56.1 e), 75.1 y 76]; en conclusión, de todo lo expuesto el TC cree que son argumentos que conducen a la declaración de inconstitucionalidad de los apartados impugnados de la disposición transitoria segunda de la Ley 8/1999: la pretendida dispensa de titulación implica un desco-*

nocimiento de los principios de mérito y capacidad previstos para el acceso a la función pública en la normativa impugnada, que *menos-caba la capacidad como requisito absoluto para el desempeño de cada puesto de trabajo concreto y niega el mérito como elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento* (STC 388/1993, FJ 2) en la medida en que rompe el régimen general aplicable en todo el territorio nacional que, indudablemente, está en el fundamento de lo básico; la norma autonómica impugnada vulnera la distribución competencial resultante del art. 149.1.18 CE, por cuanto, al contradecir a la legislación básica estatal, invade el ámbito material de lo básico así delimitado, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del orden constitucional.

**3. Sentencia 129/2010, de 29 de noviembre (BOE de 5 de enero). Ponente: Conde Martín de Hijas (Conflicto positivo de competencia).**

*Preceptos constitucionales:* 149.1.13  
*otros:*

*Objeto:* Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

*Materias:* Competencias exclusivas *versus* compartidas en la gestión de las subvenciones.

El presente proceso constitucional tiene por objeto resolver el conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid frente al Real Decreto 1472/2007, según la recurrente la disposición impugnada vulnera su autonomía financiera así como sus competencias en materia de vivienda, organización propia y juventud, dado que se establece un régimen de consignación y gestión centralizada de las ayudas que hace irrelevante la intervención de la Comunidad Autónoma, ignorando así la doctrina constitucional recaída en relación con las subvenciones (singularmente, la STC 13/1992); la representación del Estado, por el contrario, sostiene que la ayuda establecida en el Real Decreto 1472/2007 encontraría amparo en la competencia estatal del art. 149.1.13 CE, de manera que las funciones que el Estado se reserva se justificarían en atención a la necesidad de garantizar la eficacia de

las ayudas así como la igualdad de los solicitantes. Resolverá en primer lugar, el TC la cuestión de que algunos de los preceptos impugnados han sido posteriormente modificados, así como que algunas de las modificaciones introducidas en la regulación de la denominada renta básica de emancipación se han producido en preceptos que han sido objeto de impugnación subsidiaria por la representación procesal de la Comunidad de Madrid (caso de los arts. 4, 5 y 6); entenderá el TC que tales modificaciones no afectan a los aspectos que se controvierten en el presente proceso, de carácter netamente competencial y centrado en la extralimitación de las competencias estatales a la hora de regular la meritada renta básica de emancipación y la consiguiente vulneración de las competencias autonómicas relacionadas con la gestión y pago de la misma; recordará el TC su doctrina (STC 33/2005, FJ 2) acerca de la necesidad de *huir de todo automatismo en los efectos que en los procesos conflictuales quepa conceder a las modificaciones sobrevenidas de las disposiciones discutidas, y estar sustancialmente a la persistencia o no de la controversia competencial, esto es, a si la disputa sobre la titularidad competencial sigue o no viva entre las partes*” para concluir que la modificación de la norma no ha afectado a los términos en los que la Comunidad de Madrid planteó la controversia competencial sobre la que se requiere el pronunciamiento del TC; excepcionará de esta conclusión el TC el art. 4.3, cuestionado subsidiariamente por la Comunidad de Madrid por hacer referencia a un modelo de solicitud que se establecería por Orden del Ministerio de la Vivienda, pues el artículo único.uno.3 del Real Decreto 366/2009 ha modificado este precepto de forma que el mismo ya no hace referencia a la exigencia de un modelo concreto de solicitud, sino solamente a que la solicitud a presentar ha de contener, al menos, los datos incluidos en el que se adjunta como anexo: en coherencia con esta apreciación la disposición derogatoria de este Real Decreto 366/2009 ha dejado sin efecto la Orden VIV/3568/2007, de 29 de noviembre, por la que se determina el modelo de solicitud de la renta básica de emancipación establecida en el Real Decreto 1472/2007. Por esta razón, en la medida en que la norma estatal ya no hace referencia a la imposición de un modelo predeterminado, sino que se limita a establecer los datos mínimos que han de constar en el modelo que se vaya a utilizar es posible apreciar que ha desaparecido la controversia trabada en relación al art. 4.3. Pasará a continuación el TC a delimitar de forma precisa el objeto de este conflicto positivo de competencia; se señalará, en primer lugar, el objeto preciso del conflicto que no es la totalidad de la norma, pues implícitamente se admite la competencia es-



tatal para destinar recursos presupuestarios a esta cuestión, centran-  
do sus quejas en los aspectos relacionados con la consignación y ges-  
tión centralizada de esta ayuda; entenderá el TC que el reproche for-  
mulado es predicable únicamente de aquellos preceptos respecto de  
los cuales la demanda, centrada en discutir el alcance de la potestad  
subvencional en relación con las competencias en materia de vivien-  
da en lo relativo a la gestión procedimental y pago de las ayudas,  
contiene la argumentación imprescindible para hacer posible el pro-  
nunciamiento de este Tribunal, esto es, respecto de los arts. 3.3 a);  
3.4, párrafo segundo; 4, salvo su apartado 3; 5 c); 6; 7.2 a); 8; 9.1, pá-  
rrafo segundo; disposición adicional segunda y disposición final se-  
gunda del Real Decreto 1472/2007. Comenzará el TC recordando  
su doctrina en materia de subvenciones acudiendo a la STC  
65/2010, FJ 5 acerca de la necesidad de incardinar las ayudas o sub-  
venciones que puedan establecerse en las distintas áreas o segmentos  
de la acción pública en la que proceda encuadrar las subvenciones de  
que se trate según la distribución constitucional de competencias  
existente en la materia; en el presente caso es posible apreciar que  
ambas partes están de acuerdo en el encuadramiento competencial  
de la cuestión controvertida en la materia vivienda; esta apreciación  
lleva al TC a aplicar su doctrina acerca de que la inclusión de una  
competencia genérica debe ceder ante la competencia específica  
(SSTC 71/1982, FJ 2, y 87/1989, FJ 3, entre otras), por lo que no  
cabe sino confirmarla por tratarse, efectivamente, de la materia com-  
petencial más directamente afectada de todas las que se han traído al  
proceso. De hecho la discusión trabada entre las partes versa sobre la  
incidencia que en la materia vivienda, de competencia exclusiva de  
la Comunidad de Madrid en los términos del art. 26.1.1.4 de su Es-  
taduto de Autonomía, puedan tener las competencias estatales rela-  
cionadas con la misma, singularmente la prevista en el art. 149.1.13  
CE. Concluirá el TC que la cuestión planteada en el presente con-  
flicto ha de centrarse en determinar si la actuación estatal se halla  
justificada por la competencia que el art. 149.1.13 CE le atribuye so-  
bre las bases y coordinación de la planificación general de la activi-  
dad económica; para dilucidar esta cuestión central el TC acudirá a  
su doctrina (SSTC 152/1988 y 59/1995) en la que ha admitido la fa-  
cultad estatal de intervenir en materia de vivienda, y en concreto en  
la actividad promocional en la materia, amparándose en lo previsto  
en las competencias básicas del Estado derivadas del art. 149.1.13  
CE, posibilidad de intervención estatal en materia de ayudas en el  
ámbito de la vivienda que es expresamente admitida en la demanda.

Será criterio del TC que se encuentra en un ámbito material en el que el diseño del texto constitucional propugna un equilibrio entre los diferentes sujetos constitucionales en presencia, que deberán repartirse facultades sin en ningún caso anular a los otros y teniendo siempre presente la necesidad de cooperación entre ellos; para conseguir tal finalidad pasará el TC a comprobar acto seguido si el Estado se ha excedido en el ejercicio de las competencias que le reconoce dicho precepto constitucional, invadiendo, por tanto, las competencias de la Comunidad de Madrid en materia de vivienda. La finalidad de la norma es establecer un conjunto de ayudas directas del Estado destinadas al apoyo económico para el pago del alquiler de la vivienda que constituye el domicilio habitual y permanente de personas de edades comprendidas entre los 22 y 30 años; con ese propósito se establecen los requisitos que habrán de reunir los beneficiarios y su forma de acreditación, así como el modo de verificación de los datos aportados (arts. 2, 5 y 6), la cuantía y condiciones de disfrute de las ayudas que integran esta renta básica (art. 3), su procedimiento de concesión (art. 4), la celebración por el Ministerio de la Vivienda con las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, así como con entidades de crédito, de convenios relativos a la gestión y al pago de las ayudas, respectivamente (arts. 7 y 8) y el régimen de compatibilidad de las ayudas (art. 9); su DT única regula la aplicación de las ayudas a jóvenes ya emancipados, las DDAA hacen referencia al seguimiento y evaluación de las medidas contenidas en la norma, a las actuaciones de las Comunidades Autónomas y al régimen de titularidad de las viviendas, y las DDFF regulan los títulos competenciales que ampararían el dictado de la norma, las facultades de desarrollo y ejecución y su entrada en vigor. Tendrá en cuenta el TC que la parte recurrente no cuestiona que las competencias estatales ex art. 149.1.13 CE en relación con la vivienda proporcionan una adecuada cobertura competencial para que el Estado adopte una iniciativa como la creación de las ayudas englobadas bajo la denominación renta básica de emancipación y que puedan determinar los posibles beneficiarios, la cuantía que va a ser sufragada con cargo a los fondos estatales; es decir, la aportación misma de recursos estatales que permitan el establecimiento del montante económico de la renta básica así como los requisitos para acceder a las ayudas; todas ellas son cuestiones directamente ordenadas a la regulación del fin propuesto formando parte de las condiciones esenciales de otorgamiento de las ayudas aquí previstas; considerará el TC que se trata así de aspectos que son elementos centrales de las condicio-

nes de otorgamiento de las ayudas, cuyo carácter detallado resulta una exigencia de su percepción uniforme en todo el territorio nacional, garantizando un trato igualitario a sus beneficiarios. Se parte de la imposibilidad de negar la competencia estatal para adoptar medidas tendentes al fomento del mercado del alquiler para los jóvenes, mas considerando al tiempo que, al no tratarse de una competencia exclusiva, el alcance de esta actividad de fomento ha de cohonestarse con las competencias autonómicas en las cuestiones relacionadas con la gestión de las ayudas; desde esta perspectiva considera el TC inevitable tener en cuenta su reiterada doctrina en materia de subvenciones y ayudas públicas, sin perder de vista que la controversia en realidad se ha trabado en torno a la concurrencia de los supuestos en los que se permitiría la centralización de actuaciones de este tipo en un órgano de la Administración General del Estado. Traerá en su apoyo el TC su doctrina recogida en la STC 136/2009, FJ 3, remitiéndose expresamente a la STC 13/1992; cuando las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias sobre la materia objeto de la subvención el TC ha distinguido entre: a) supuestos en los que el Estado no invoca título competencial alguno, mientras que la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva sobre una determinada materia; b) aquéllos en los que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución; c) casos en los que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, cuya ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma; y d) supuestos de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, pero en los que concurren circunstancias excepcionales que determinan que la gestión de las ayudas pueda ser realizada por el Estado. Esta será la base sobre la que los recurrentes denuncian una extralimitación competencial derivada de que, en atención a los títulos competenciales estatales y autonómicos que resultan de aplicación en esta materia de las ayudas al alquiler, nos encontraríamos en lo que el TC ha denominado segundo supuesto de los cuatro que contemplamos en su doctrina, supuesto que, recogida en el FJ 8 b) de la meritada STC 13/1992, concurre cuando el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia, aun si ésta se califica de exclusiva, o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución, inclu-

yendo en las mismas las relacionadas con la gestión de los fondos; será, sin embargo criterio de la representación del Estado considerar que la peculiaridad de estas ayudas conlleva que resulte procedente la aplicación a todas ellas de la doctrina recaída en el FJ 8 d) de la misma STC 13/1992, en el que el TC sostuvo que la gestión centralizada estatal es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia siempre que esa gestión estatal, cuya procedencia habrá de aparecer razonablemente justificada, resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Comenzará el TC analizando las razones aducidas para justificar la concurrencia de la excepción que determina la posibilidad de asunción de competencias de gestión por el Estado, entendiendo que nos encontramos en un caso en el que la potestad de fomento del Estado se hace patente en un ámbito material en el que ostenta competencias básicas; teniendo presente, a su vez, que la centralización en el Estado de funciones relacionadas con la gestión de las ayudas sólo puede tener lugar en supuestos excepcionales que aparezcan plenamente justificados, sin que resulten, a estos efectos, convincentes las razones de la representación del Estado; considerando, al tiempo que no concurren en el caso las circunstancias exigidas por la reiterada doctrina del TC; por lo que respecta a la necesidad de no superar la cuantía de los fondos estatales destinados a esta finalidad es de señalar que, conforme declara el preámbulo del Real Decreto 1472/2007 y se infiere de su art. 2 al señalar que podrán percibirla todas aquellas personas que reúnan los requisitos, esta renta básica de emancipación se ha configurado de tal forma que su percepción se garantiza a todos aquellos que cumplan las condiciones que la norma establece; considerará el TC que no nos encontramos aquí ante ayudas cuya cuantía se encuentre limitada de antemano, al tiempo que de la regulación reglamentaria se deduzca la existencia de una cuantía global máxima destinada a este fin, puesto que la cuantía de las ayudas es fija con independencia del número de posibles beneficiarios; así, conforme a la propia configuración de la renta básica de emancipación como un conjunto de ayudas directas del Estado, han de concederse las referidas ayudas en las cuantías al efecto establecidas a todos aquellos solicitantes que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser considerado

beneficiario de las ayudas previstas; por otra parte, abordando lo que toca a la necesaria distribución homogénea y no discriminatoria de las ayudas previstas, tampoco esta necesidad puede ser admitida como argumento justificativo para que el Estado retenga funciones ejecutivas en esta materia, pues su aplicación homogénea en todo el territorio nacional queda también garantizada por la regulación unitaria del Real Decreto; en conclusión, es patente que nos encontramos en el denominado segundo supuesto recogido en el fundamento jurídico 8 b) de la STC 13/1992; conforme a las consideraciones generales expuestas, examinará el TC sistemáticamente la constitucionalidad de los preceptos impugnados, desde el punto de vista de su adecuación o no al orden de competencias, siguiendo el orden en el que han sido impugnados en el escrito de interposición del conflicto; el art. 3.3 a), prevé como requisito para la percepción de la renta básica de emancipación la domiciliación bancaria de la ayuda en alguna de las entidades de crédito colaboradoras del Ministerio de Vivienda, mientras que el art. 8 regula los convenios que para el pago de la ayuda se suscribirán entre el citado Ministerio y las entidades de crédito; descartará el TC la aplicación al presente caso de la doctrina de las SSTC 95/1986, de FJ 5 y 152/1988, FJ 5, pues en ambos casos admite el Alto Tribunal la reserva al Estado de la facultad de suscribir convenios con las entidades financieras en atención a que dicha reserva se vinculaba a la necesidad de garantizar que los topes máximos que pudieran fijarse por el Gobierno para determinadas líneas de créditos fueran efectivamente respetados, así como para asegurar una distribución homogénea o no discriminatoria de tales créditos en todo el territorio nacional; es criterio del TC que ambas circunstancias no concurren en el presente caso, lo que determina que los arts. 3.3 a) y 8, en la medida en que hacen referencia a la reserva un órgano estatal de facultades relacionadas con la gestión de las ayudas, vulneren las competencias autonómicas en materia de vivienda; por el contrario no incurre en infracción del orden constitucional de distribución de competencias el último inciso del segundo párrafo del art. 3.4, por cuanto, en la medida en que se refiere a una mera comunicación al Ministerio de la Vivienda de la modificación de las condiciones que motivaron el reconocimiento de la ayuda, en nada afecta a la competencia autonómica sino que no es más que una manifestación de las relaciones de cooperación que han de existir entre el Estado y las Comunidades Autónomas, por lo que se refiere al art. 4 es de apreciar que tampoco resulta conforme con el orden constitucional de competencias su apartado 1, según el cual la

gestión de las ayudas se realizará conforme a lo que establezcan los convenios de colaboración que el Ministerio de Vivienda suscriba con las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla; es doctrina del TC que el Estado no puede condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas a la firma de un convenio [por todas STC 175/2003, FJ 10 c) y doctrina allí citada], pues con ello se vulneran las competencias autonómicas en la materia correspondiente, las cuales incluyen la potestad de dictar normas procedimentales respecto a las ayudas de que se trata; no sucede lo mismo con la referencia a los plazos y contenido de la resolución de su apartado 2 pues no se trata de normas ordinarias de tramitación, ya que el establecimiento de un plazo máximo común en todo el territorio nacional puede ser concebido como criterio coordinador que no menoscaba competencia autonómica alguna, en tanto que puede resultar adecuado, en ocasiones, que el Estado establezca condiciones que garanticen una cierta homogeneidad de la gestión [SSTC 190/2000, FJ 11 b) y 77/2004, FJ 6 c)]; considera el Tc que ha de rechazarse también la impugnación del art. 4.4, pues, en la medida en que se refiere al reconocimiento provisional del derecho a la renta básica y al momento a partir del cual la misma se devenga, en la medida en que se vincula directamente a las competencias estatales relativas la concreción de los requisitos para tener derecho a la ayuda; ninguna tacha cabe reprochar el primer inciso del art. 4.5, relativo a la comunicación al Ministerio de Vivienda de las resoluciones autonómicas de concesión de las ayudas; es claro que el precepto no entraña vulneración alguna del acervo competencial de la Comunidad de Madrid, ya que se limita a prever una modalidad de cooperación interadministrativa que constituye el soporte mismo del Estado autonómico; finalmente la ya apreciada disconformidad con el orden constitucional de competencias de los arts. 3.3 a) y 8 afecta también al segundo inciso del art. 4.5, en cuanto el mismo hace referencia a la orden de pago por parte del Ministerio de Vivienda, y al art. 4.6, en tanto se refiere a actuaciones a desarrollar por dicho órgano estatal con las entidades de crédito con las que hubiera suscrito un convenio, base de referencia que el TC ya ha considerado que vulnera la competencia de la Comunidad de Madrid. El impugnado art. 5 c) se relaciona directamente con uno de los requisitos para ser beneficiario de la ayuda, el del art. 2.1 c), relativo a la existencia de una fuente regular de ingresos que sean inferiores a una determinada cuantía: el TC ya ha apreciado que los requisitos para acceder a las ayudas constituyen uno de los aspectos centrales de toda regulación subven-

cional que se orientan a garantizar igual trato a todos los solicitantes en el territorio nacional. Por lo que se refiere a la denominada fuente regular de ingresos, es claro que los criterios para su determinación se relacionan directamente con la finalidad perseguida por las ayudas establecidas en el Real Decreto en el sentido de facilitar el acceso a una vivienda en alquiler a un sector de población de una determinada edad y que cumpla determinadas condiciones de renta; con ello no se vulneran las competencias autonómicas lo que determina que la impugnación haya de ser desestimada en este punto; Igual suerte ha de correr la impugnación del art. 6. la mera interpretación sistemática del precepto permite considerar que con la mención a la Administración competente, contenida en su primer párrafo, se está haciendo referencia al órgano competente de las Comunidades Autónomas o Ciudades de Ceuta y Melilla, como señala expresamente el párrafo segundo de este mismo precepto, habiéndose observado ya, al enjuiciar el art. 4.1, que el Estado no puede condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas de gestión de las ayudas a la firma de un convenio; por lo que se refiere art. art. 7.2.a) se le reprocha que, mediante la referencia a las ventanillas únicas como uno de los contenidos necesarios del convenio de colaboración a suscribir con la Comunidad de Madrid, estaría imponiendo el órgano en el que habrán de presentarse las solicitudes; concluirá el TC que este art. 7.2 a) es contrario al orden constitucional de distribución de competencias, en tanto que, bajo la veste de un instrumento de colaboración, se están invadiendo las competencias autonómicas relativas a la gestión de las ayudas puesto que el Estado no puede condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas de gestión de las ayudas, a la firma de un convenio ni, por tanto, determinar unilateralmente sus eventuales contenidos; en lo que respecta al régimen de compatibilidad de la ayuda estatal establecido en el segundo párrafo del art. 9.1 con las subvenciones, ayudas, o beneficios fiscales que establezcan las Comunidades Autónomas ha de estimarse que el mismo resulta conforme con el orden constitucional de competencias, pues no es sino una consecuencia del origen estatal de los fondos y de la regulación de los requisitos para acceder a las ayudas financiadas con dichos fondos sin que, por otra parte, con ello se impida, dada la remisión a la normativa autonómica que contiene el precepto, que la respectiva Comunidad Autónoma pueda libremente decidir, al disciplinar sus ayudas propias, lo que estime conveniente respecto a su compatibilidad o incompatibilidad con las estatales; asimismo contraria a las competencias autonómicas resulta la dispo-

sición adicional segunda, pues es de todo punto evidente que éstas no pueden ni verse calificadas como excepcionales ni moduladas o condicionadas por el informe favorable de la Comisión prevista en esta disposición; de esta forma las Comunidades Autónomas, dentro del respeto debido a los elementos indispensables que la norma estatal arbitra para alcanzar los fines en ella perseguidos entre los que se encuentra el reconocimiento del derecho a la ayuda a todas aquellas personas que cumplan con la condición de beneficiarios en los términos del art. 2 del Real Decreto 1472/2007, cuentan con un margen de libertad de decisión en esta materia que no puede verse condicionado por la norma estatal que resulta, por ello, contraria al orden constitucional de distribución de competencias; por último el TC desestima la impugnación de la disposición final segunda, pues, admitido que el Estado ostenta títulos competenciales que le habilitan para adoptar decisiones relativas a esta materia, ningún inconveniente plantea una norma que restringe sus efectos al ámbito de competencias estatales, sin perjuicio, en todo caso, de que, como es evidente, las disposiciones en las que dicha habilitación se plasme puedan ser objeto del correspondiente control por la jurisdicción ordinaria o, llegado el caso, por este Tribunal Constitucional quien en el presente supuesto estima parcialmente el presente conflicto positivo de competencia promovido por la Comunidad de Madrid y, en consecuencia, declarando que vulneran las competencias de la Comunidad Autónoma de Madrid los arts. 3.3 a); 4.1; 4.5, segundo inciso; 4.6; 7.2 a) y 8; así como la disposición adicional segunda del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

**4. Sentencia 130/2010, de 29 de noviembre (BOE de 5 de enero. Ponente: Conde Martín de Hijas (Cuestiones de constitucionalidad acumuladas)).**

*Preceptos constitucionales:* 149.1.13.

*otros:*

*Objeto:* Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander en relación con el art. 31 b) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero

*Materias:* Defensa de la competencia: competencia estatal.



El art. 31 b) a que da lugar el presente conflicto constitucional dispone *Art. 31. Requisitos.- La actividad promocional de venta con descuento se sujetará a las siguientes condiciones: [...] b) Salvo en el supuesto de un comercio remodelado, no podrá ser objeto de este tipo de promoción más del cuarenta por ciento de los artículos, entendidos como bienes individualmente considerados, existentes en el establecimiento.* La duda de constitucionalidad suscitada en este proceso es de naturaleza puramente competencial, pues lo que se plantea es la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria para aprobar el precepto cuestionado, dado que la regulación establecida en él habría de encuadrarse en las competencias del Estado en materia de *legislación de defensa de la competencia*, competencias reflejadas en el propio Estatuto de Autonomía de Cantabria en el art. 24.13 y que, conforme a la doctrina del TC (por todas, STC 208/1999, FJ 6), derivan del art. 149.1.13 CE, recordará el TC su doctrina consolidada respecto a las normas autonómicas en materia de comercio que introducían limitaciones temporales para determinadas modalidades de venta. Sobre tales normas ya se ha concluido que aquellas que limitan el libre ejercicio de la actividad mercantil a través del establecimiento de un marco temporal imperativo para el desarrollo de específicas modalidades de ventas deben considerarse integradas en las normas que velan por la defensa de la competencia; esta doctrina, contenida ya en las SSTC 88/1986, FJ 8 e) y 148/1992, FJ 2, ha sido desarrollada en las SSTC 228/1993, FJ 6, y 157/2004, FJ 9 para fundamentar la inconstitucionalidad de diversas normas de las Leyes reguladoras del comercio en Galicia y Navarra que contenían límites temporales a determinadas modalidades de ventas; más recientemente, en aplicación de esa misma doctrina, en la STC 106/2009, el TC ha declarado inconstitucional y nulo el segundo párrafo de la letra c) del art. 31 de esta misma Ley de Cantabria 1/2002, estimando que dicha norma *limita temporalmente las ventas con descuento dirigidas a la promoción de determinados productos. La duración de tales ventas, dispone la norma cuestionada, no podrá ser inferior a un día ni superior a treinta. Como se desprende del propio encabezamiento del precepto, se trata de una condición a la que deben sujetarse tales ventas preceptivamente. Aunque dicha limitación temporal también afecta a los consumidores, que pueden verse perjudicados o, como señala el representante del Gobierno autonómico, beneficiados por la misma, por cuanto impide que los precios habituales se presenten permanentemente como de rebajas, su finalidad principal es evitar que la concurrencia entre los empresarios en el mercado quede rota por el abuso de unas ofertas que aspiran a atraer a los consumidores. En la medida, por tanto, en que se trata de una regulación que afecta sobre todo a la relación horizontal entre las em-*

*presas en una economía de libre mercado, y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos producidos por las mismas, su aprobación corresponde al ente territorial competente para legislar en el ámbito de la defensa de la competencia, esto es, el Estado en virtud del art. 149.1.13 CE (FJ 3).* Es criterio del TC que la aplicación de esta doctrina conduce derechamente a estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad, sin que esa conclusión pueda ser alterada mediante lo aducido de contrario por la representación procesal del Gobierno de Cantabria; no ignorará el TC que la nota que diferencia la presente cuestión de otras que ya han sido resueltas por este Tribunal Constitucional es que la limitación que el precepto autonómico introduce en las ventas promocionales no es una limitación temporal sino cuantitativa, esto es, relacionada, no con el momento en el que tiene lugar la promoción sino con el porcentaje de artículos que, respecto del total de los puestos a la venta, son objeto de promoción en un determinado establecimiento comercial; sin embargo tal distinción no resulta ser relevante a los efectos de enervar la aplicación de la doctrina mencionada; es evidente que, del mismo modo que las que establecen una limitación temporal, la norma tiene como objetivo afectar al régimen de competencia entre los ofertantes, aspirando a prevenir o evitar el excesivo recurso a este tipo de ventas protegiendo así a los posibles competidores o concurrentes; en cuanto que pretende evitar que la concurrencia de los empresarios en el mercado quede rota por el abuso de un determinado tipo de ofertas que aspiran a atraer a los consumidores, está imponiendo un marco homogéneo de este tipo de ofertas entre los vendedores, limitando la cantidad de artículos ofrecida en descuento, resultando ser similar a otras que ya han sido declaradas contrarias al orden constitucional de competencias por el TC; la prohibición que introduce el art. 31 b) no consiste en una medida de carácter administrativo tendente a la protección del consumidor, sino que lo que se pretende garantizar por ella es la competencia entre comerciantes, por lo que, al perseguir la ordenación de la concurrencia de las empresas en un entorno de libre mercado, está incidiendo en el plano de la actuación de los comerciantes en su relación con otros; ello determina que la norma no tenga otro encaje competencial que el de la defensa de la competencia, con la consecuencia de que su adopción corresponde al Estado ex art. 149.1.13 CE; en definitiva, de modo similar al supuesto enjuiciado en la STC 106/2009, esta restricción cuantitativa es inconstitucional por invadir las competencias que en materia de defensa de la competencia corresponden al Estado.

**5. Sentencia 137/2010, de 16 de diciembre (BOE de 19 de enero). Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 1.2; 2; 3.1; 29; 54; 162.1.a); 66; 122.1 y 2; 137; 149.1.1; 1491.5; 152.1; 159

*otros:*

*Objeto:* Determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña

*Materias:* Soberanía: alcance del término *nación*. Defensor del Pueblo: competencias. Estatutos: continente inadecuado para el desarrollo normativo de los derechos fundamentales. Régimen lingüístico: cooficialidad. *Síndic de Greuges*: competencias. Consejo de Justicia de Cataluña. LOPJ: competencia exclusiva en materia de Administración de la Justicia. Comisión Mixta: competencias. Relaciones de la CA de Cataluña con la UE: principio de bilateralidad.

Comenzará el TC delimitando el alcance de este proceso y realizando unas consideraciones previas que permitan una adecuada comprensión de la Sentencia; iniciará sus consideraciones refiriéndose a la relevante STC 31/2010, advirtiendo cómo en ella el TC enjuició el recurso de inconstitucionalidad 8045-2006, interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, en el que se impugnaba también un número elevado de disposiciones del EAC; recordará cómo se apreció la nulidad de algunos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, por lo que procede ahora declarar la extinción del presente recurso de inconstitucionalidad, por pérdida sobrevenida de su objeto, respecto de todas las impugnaciones coincidentes en el presente en las que ha recaído ya esa declaración de inconstitucionalidad (por todas, STC 259/2007, FJ 2). El TC apreciará dicha coincidencia y, por ello, declarará que han perdido su objeto: la expresión “y preferente” del apartado 1 de su art. 6; el inciso “con carácter exclusivo” del apartado 1 del art. 78; los incisos “y con la participación del Consejo de Justicia de Cataluña” de los apartados 5 y 6 del art. 95; el art. 97; los apartados 2, letras a), b), c), d) y e), y 3 del art. 98; el inciso “por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que lo preside, y” del apartado 1 del art. 99; el apartado 1 del art. 100; el inciso “o al Consejo de Justicia de Cataluña” del apartado 1 y el apartado 2 del art. 101; el in-

ciso “como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto” del art. 111; así mismo declarará considerarse sujeto, en el ámbito de coincidencias, a todos y cada uno de los pronunciamientos e interpretaciones conformes a la Constitución recogidas en la parte dispositiva o fallo de la citada STC 31/2010, que son las siguientes: la referencia del preámbulo del Estatuto de Cataluña a “Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña”; el art. 5; el art. 6.2; el art. 33.5; art. 34; el art. 95.2; el art. 110; el art. 112; el art. 127.3; el art. 129; el art. 138; el art. 180; el apartado 1 del artículo 183; los apartados 1 y 2, letras a), b) y d) del art. 210; las disposiciones adicionales octava, novena y décima; quedará, también, extendida al presente proceso, en todos y cada uno de los ámbitos de coincidencia de la impugnación, la doctrina sentada en la repetida STC 31/2010 sin necesidad de transcripción, en lo que no sea necesario para una mejor comprensión de la Sentencia que ahora se pronuncia; será por tanto su objeto el enjuiciamiento de los preceptos estatutarios impugnados por el Defensor del Pueblo que no lo fueron en el recurso que resolvió la STC 31/2010. Se ha objetado la falta de legitimación activa del Defensor del Pueblo para impugnar aquellos preceptos del Estatuto catalán que no tengan directa relación con la defensa de alguno de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución [antecedente 20 apartado A)]; la cuestión ya ha sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal en la STC 150/1990 (FJ 1), ya se afirmó que tal propósito de restringir la legitimación del Defensor del Pueblo debía ser rechazado *por la sola y simple razón de que los arts. 162.1 a) de la Constitución y 32.1 de la LOTC reconocen la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad sin sujetarla a límites o condiciones objetivas de ningún tipo*”; al tiempo en la STC 274/2000 (FJ 2), se añadió que, *con independencia de la cualidad del Defensor del Pueblo como alto Comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el título I, su legitimación al respecto ha de entenderse en los mismos términos y con la misma amplitud que la del resto de los sujetos contemplados conjuntamente en los arts. 162.1 a) CE y 32.1 LOTC, pues, como afirmamos en la temprana STC 5/1981, de 13 de febrero, dicha legitimación les ha sido reconocida a cada uno de ellos ‘no en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional’*; el TC se ratificará en este criterio de legitimación; ésta en relación con la interposición de recursos de inconstitucionalidad le es atribuida al Defensor del Pueblo por el art. 162.1 a) CE, reiterándose en el art. 32.1

LOTC y en el art. 29 de su propia Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril. Puesto que ni la norma constitucional ni los preceptos orgánicos establecen límite alguno al contenido de esa legitimación no cabe su aplicación restrictiva, máxime teniendo en cuenta que el TC ha vinculado el principio *pro actione* a la interpretación y aplicación de las causas de inadmisibilidad de los recursos de inconstitucionalidad (por todas, STC 247/2007, FJ 2; y las allí citadas). El TC ha afirmado en diversas ocasiones que los arts. 162.1 CE y 32 LOTC han concedido *legitimatío ad causam* para promover un proceso de inconstitucionalidad por vía directa ante el TC exclusivamente al Presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a cincuenta Diputados o cincuenta Senadores, a los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, a las Asambleas de las mismas; adoptándose, por tanto, un sistema de *numerus clausus*, taxativo y riguroso, que elimina la acción popular directa (AATC 320/1995, FJ 2; 201/2000, FJ 2; y 202/2000, FJ 2); considera el TC que a diferencia de la acción de inconstitucionalidad que en otros Ordenamientos comparados se confiere a los ciudadanos, y del precedente que en nuestro Derecho supuso el art. 123.5 de la Constitución de nuestra Segunda República de 1931, en nuestro actual Ordenamiento los particulares sólo de modo indirecto pueden provocar un pronunciamiento del TC acerca de la constitucionalidad de una norma con rango de ley, ya sea mediante la presentación de un recurso de amparo que dé lugar al planteamiento de una cuestión interna de constitucionalidad ex art. 55.2 LOTC, ya sea pidiendo en el curso de un proceso que el órgano judicial plantee una cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.1 LOTC); pueden también los ciudadanos dirigir iniciativas o sugerencias a las instituciones legitimadas, al amparo del derecho de petición reconocido en el art. 29 CE, a fin de que las mismas puedan tomar en consideración la procedencia de interponer un recurso de inconstitucionalidad contra normas de rango legal; recordará el TC que precisamente en la STC 242/1993, FJ 1, ya identificó como una de las finalidades del ejercicio del derecho de petición la de poner en marcha ciertas actuaciones institucionales como la del Defensor del Pueblo en relación con el recurso de inconstitucionalidad de las leyes; recordando, al tiempo, cómo antes de que la institución del Defensor del Pueblo iniciara el ejercicio de sus funciones, el TC ya contempló la posibilidad de que en el futuro se le dirigieran peticiones de interposición de recursos de inconstitucionalidad (ATC 77/1980, FJ 5). Los propios trabajos parlamentarios de elaboración de la Constitución, ponen de manifiesto que la legitima-

ción del Defensor del Pueblo fue valorada como paliativa de la ausencia de una acción popular en esta materia; en definitiva, concluirá el TC la legitimación constitucional atribuida al Defensor del Pueblo por el art. 162.1 a) CE no debe ser interpretada exclusivamente a partir del art. 54 CE, pues, a diferencia de lo que acontece con la legitimación para interponer el recurso de amparo, la legitimación para presentar el recurso de inconstitucionalidad coloca en nuestro Ordenamiento al Defensor del Pueblo en el papel de defensor de la propia Constitución; y añadirá que la legitimación para promover los procesos de control de constitucionalidad de las leyes nace *ex Constitutione*, no siendo susceptible de disposición o renuncia, sin que, en ningún caso, resulte afectada por la intensidad de su ejercicio; en consecuencia, rechaza la excepción de falta de legitimación opuesta por el Parlamento catalán y la Generalitat de Cataluña. El Defensor del Pueblo impugna los arts. 2.4 y 5 EAC, en relación con las referencias que se contienen en el Preámbulo EAC a Cataluña *como nación y realidad nacional* y a los *derechos históricos del pueblo catalán*; al tiempo que entiende que los incisos *[l]os poderes de la Generalitat emanan del pueblo de Cataluña* y *[e]l autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán*, contenidos en los citados artículos, exceden del ámbito que la Constitución reserva a los Estatutos de Autonomía y vulneran los arts. 1.2 y 2 CE; considerará el TC, en lo que se refiere al empleo de los términos *nación y realidad nacional* referidos a Cataluña utilizados en el Preámbulo del EAC este Tribunal ha declarado que dichos términos carecen de eficacia jurídica interpretativa (STC 31/2010, FJ 12, y fallo). Por lo que se refiere al art. 2.4 EAC, una impugnación similar ha sido desestimada en la STC 31/2010; en ella se declaró que *el sentido que cabalmente merece el art. 2.4 EAC viene dado por su clara vocación prescriptiva del principio democrático como pauta para el ejercicio de los poderes de la Generalitat, que el precepto sujeta expresamente a la Constitución -sobre la que se erige un Estado democrático (art. 1.1 CE)- y al Estatuto. No se trata, por tanto, en el contexto del art. 2 del Estatuto, de recabar para la Generalitat de Cataluña un fundamento distinto del expresado en el art. 1 EAC, sino de hacer de la legitimación democrática el principio que ha de regir el ejercicio por la Comunidad Autónoma de los poderes que el Estatuto de Autonomía le confiere desde la Constitución. El pueblo de Cataluña no es, por tanto, en el art. 2.4 EAC, sujeto jurídico que entre en competencia con el titular de la soberanía nacional cuyo ejercicio ha permitido la instauración de la Constitución de la que trae causa el Estatuto que ha de regir como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Cataluña. El pueblo de Cataluña comprende así el conjunto de los ciudadanos españoles que han de ser destina-*

rios de las normas, disposiciones y actos en que se traduzca el ejercicio del poder público constituido en Generalitat de Cataluña. Justamente por ser destinatarios de los mandatos de ese poder público, el principio constitucional democrático impone que también participen, por los cauces constitucional y estatutariamente previstos, en la formación de la voluntad de los poderes de la Generalitat. Tal es el designio que justifica la expresión ‘pueblo de Cataluña’ en el art. 2.4 EAC, por entero distinta, conceptualmente, de la que se significa en nuestro Ordenamiento con la expresión ‘pueblo español’, único titular de la soberanía nacional que está en el origen de la Constitución y de cuantas normas derivan de ella su validez (STC 31/2010, FJ 9); por lo que se refiere a la impugnación del inciso el autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán del art. 5 EAC y de la afirmación del preámbulo EAC de que [e]l autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución, así como en los derechos históricos del pueblo catalán que, en el marco de aquélla, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat, hemos apreciado que no son contrarios a la Constitución siempre y cuando se interpreten en los términos establecidos en el fundamento jurídico 10 de la STC 31/2010. Acerca de la impugnación en relación con los arts. 15 a 54 EAC, el TC se remite sobre el contenido posible de los Estatutos de Autonomía a lo que ya ha declarado en los fundamentos jurídicos 4, 5 y 6 de la STC 31/2010, con cita de la STC 247/2007 (FFJJ 6 y 12); en relación con la alegación sobre la limitación que se produciría en la libertad del legislador estatal por la inclusión de una tabla de derechos en los Estatutos de Autonomía, con vulneración del art. 66.2 CE, asimismo se remite a la STC 31/2010, FJ 16, que a su vez se remite a los fundamentos jurídicos 13 a 15 de la STC 247/2007, y FJ 17; reiterando que los derechos estatutarios sólo vinculan a los poderes públicos de Cataluña, ninguna limitación, impedimento o menoscabo provocan en el ejercicio de las competencias estatales, ya fueran éstas exclusivas o compartidas; en lo que se refiere a la limitación que supone la inclusión y desarrollo de derechos en un Estatuto de Autonomía respecto del legislador autonómico el TC ya ha advertido que, como norma primera de un sistema normativo autónomo, [el Estatuto] tiene su ámbito más propio en el terreno de la generalidad, la abstracción y los principios, lo que no se compadece con la disciplina de desarrollo de un derecho fundamental cuya proclamación y definición sustancial (contenido mínimo) ya se habrá verificado en la Constitución (STC 31/2010, FJ 17), y que el Estatuto, en tanto que ley orgánica, no puede, no ya declarar o desarrollar derechos fundamentales o afectar a los únicos que son tales, sino siquiera regular el ejercicio de tales derechos. Podrá hacerlo, en su caso, el legislador autonómico, en tanto que legislador ordinario y de

*acuerdo con el reparto constitucional de competencias, pero no el legislador (orgánico) estatuyente. De ahí que no haya paradoja alguna en el hecho de que por simple ley autonómica (ley ordinaria) pueda hacerse lo que no cabe en un Estatuto (norma superior a la autonómica). En realidad, no es que pueda hacerse más por ley autonómica; es que se hace cosa distinta, como corresponde en el juego de normas ordenadas con arreglo al criterio de competencia (STC 31/2010, FJ 17). Afrontará ahora el TC la impugnación, en materia de cooficialidad y régimen lingüístico, los arts. 6.1 y 2, 33.5 y 34 EAC; respecto del reproche constitucional que hace el recurrente sobre el *desapoderamiento* que produce en el legislador estatal la regulación estatutaria en materia lingüística, el TC recordará que las competencias lingüísticas tienen carácter concurrente, pues tanto *Estado como Comunidades Autónomas pueden incidir en la regulación sobre la materia de acuerdo al reparto general de competencias* (STC 56/1990, FJ 40) no viéndose el Estado limitado, impedido o menoscabado en uso de su competencia, *ex art. 3.1 en relación con el 149.1.1 CE, para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales entre los cuales se encuentra el de conocer la lengua del Estado* (STC 6/1982, FJ 3; en el mismo sentido, STC 82/1986, FJ 4); así lo ha reiterado el TC en su STC 31/2010, FJ 14; por consiguiente, debe ser desestimado este motivo de inconstitucionalidad por las razones expuestas; también debe ser desestimado el alegato sobre la limitación que produciría en el legislador autonómico lo que el recurrente denomina *elevación de rango* de la regulación, en virtud de lo expuesto en la STC 31/2010, FJ 6; al declarar la inconstitucionalidad del término *y preferente* contenida en el art. 6.1 EAC, dicha impugnación ha perdido objeto; en el resto el TC se remitirá a lo expuesto en la STC 31/2010, FJ 14 a): *En lo que hace a la segunda de las consecuencias anudadas por el art. 6.1 EAC al carácter propio de la lengua catalana, es decir, a su definición como 'la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza', hemos de recordar que 'no puede ponerse en duda la legitimidad constitucional de una enseñanza en la que el vehículo de comunicación sea la lengua propia de la Comunidad Autónoma y lengua cooficial en su territorio, junto al castellano (STC 137/1986, fundamento jurídico 1), dado que esta consecuencia se deriva del art. 3 C.E. y de lo dispuesto en el respectivo Estatuto de Autonomía' (STC 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 9), si bien 'ha de tenerse presente que en la STC 6/1982, fundamento jurídico 10, hemos dicho tempranamente que corresponde al Estado velar por el respeto de los derechos lingüísticos en el sistema educativo y, en particular, el de recibir enseñanza en la lengua oficial del Estado; pues no cabe olvidar que el deber constitucional de conocer el castellano (art. 3.1 CE) presupone la satisfacción del**



derecho de los ciudadanos a conocerlo a través de las enseñanzas recibidas en los estudios básicos' (STC 337/1994, FJ 10). El catalán debe ser, por tanto, lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza, pero no la única que goce de tal condición, predicable con igual título del castellano en tanto que lengua asimismo oficial en Cataluña. En la medida en que el concreto régimen jurídico de los derechos lingüísticos en el ámbito de la enseñanza se regula en el art. 35 EAC remitimos al enjuiciamiento de ese precepto la exposición de las razones que abonen nuestro pronunciamiento sobre la constitucionalidad del modelo lingüístico de la enseñanza establecido en el Estatuto. Pero desde ahora hemos de dejar sentado en nuestra argumentación que, como principio, el castellano no puede dejar de ser también lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza." [STC 31/2010, FJ 14 a)]; recordará el TC que la imposición estatutaria del deber de conocimiento del catalán previsto en el art. 6.2 EAC no es inconstitucional interpretado en los términos del FJ 14 b) de la STC 31/2010; en referencia a la declaración estatutaria del derecho atribuido a los catalanes de relacionarse por escrito en catalán con los órganos constitucionales de ámbito estatal reconocido en el art. 33.5 EAC ya se afirmó por el TC que, interpretado en los términos del fundamento jurídico 21 de la STC 31/2010 no es inconstitucional; en relación con el art. 34 EAC, ya se resolvió que, interpretado en los términos del fundamento jurídico 22 de la STC 31/2010 no es contrario a la Constitución. En relación con el Síndic de Greuges, el Defensor del Pueblo impugna el inciso *con carácter exclusivo* del art. 78.1 EAC; dicho inciso fue declarado inconstitucional, y por lo tanto nulo, en la STC 31/2010, FJ 33 y fallo; por lo que se refiere a la impugnación del último párrafo del citado art 78.1 EAC, a cuyo tenor el Síndic de Greuges [t]ambién supervisa la actividad de la Administración local de Cataluña y la de los organismos públicos o privados vinculados que dependen de la misma, y el apartado 2 del citado artículo, que dispone que [e]l Síndic de Greuges y el Defensor del Pueblo colaboran en el ejercicio de sus funciones; el párrafo del art. 78.1 EAC que se ha transcrito no fue enjuiciado de manera autónoma en la STC 31/2010 y el apartado 2 del art. 78 no fue impugnada en aquella ocasión; considera el TC que no puede prosperar el alegato del Defensor del Pueblo, cuando considera incompatible con el art. 54 CE y con la autonomía local garantizada en el art. 137 CE, la atribución al Síndic de Greuges de facultades de supervisión de la actividad de la Administración local; una vez declarada la inconstitucionalidad de la exclusividad del Síndic de Greuges en el ejercicio de la función de protección y defensa de los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el EAC por la STC 31/2010, FJ 33, el hecho de que también se encargue de

la supervisión de la actividad de la Administración local de Cataluña y la de los organismos públicos o privados vinculados que dependen de la misma (art. 78.1 EAC) no es inconstitucional; en efecto, dicha supervisión, tras el pronunciamiento estimatorio del recurso interpuesto contra el inciso *con carácter exclusivo* del apartado 1 del artículo 78, no podrá considerarse exclusiva ni excluyente de la supervisión del Defensor del Pueblo en cuanto que ésta lo es de todas las Administraciones Públicas, ya sean estatales, autonómicas o locales; se desestima, por tanto, la impugnación del último párrafo del art. 78.1 EAC asimismo se desestima la impugnación de la imposición al Defensor del Pueblo -en la norma estatutaria- del deber de colaborar en el ejercicio de sus funciones con el Síndic de Greuges (art. 78.2 EAC) por supuesta infracción, a juicio del recurrente, de la reserva establecida en favor de la ley orgánica de desarrollo del art. 54 CE; recordará el TC que ya ha dicho que en relación con el establecimiento del principio de colaboración entre el Defensor del Pueblo y los Comisionados parlamentarios autonómicos no puede entenderse *que delimitar supuestos de cooperación entre [ellos] pueda afectar negativamente, sino más bien al contrario, al deber de los poderes públicos de Cataluña de promover las condiciones y remover los obstáculos a la libertad e igualdad de ciudadanos y grupos sociales que contempla el art. 8 del EAC* (STC 157/1988, FJ 5); por tanto, que la previsión de dicho deber se incluya en un Estatuto de Autonomía no cambia el sentido de tal afirmación, por cuanto ya se ha dicho por el TC que el principio de cooperación queda conectado con el principio de voluntariedad (STC 13/2007, FJ 9), de forma tal que la inclusión o no en el Estatuto no vincula en ningún caso al Estado, por lo que no puede considerarse como una imposición, sino únicamente como una manifestación de respeto hacia dicho principio, pudiendo actuar el Estado con plena libertad; procede, por tanto declarar que art. 78.2 EAC no es inconstitucional. Sobre la denuncia de inconstitucionalidad de determinados preceptos relativos al Poder Judicial, la Administración de Justicia y otros órganos estatales en un motivo único de impugnación en el que se enumeran los preceptos impugnados y al que se remite una vez más para la exposición de las posiciones de las partes; apreciará el TC que han perdido objeto en forma sobrevenida los incisos “y con la participación del Consejo de Justicia de Cataluña” de los apartados 5 y 6 del art. 95; el art. 97; los apartados 2, letras a), b), c), d) y e), y 3 del art. 98; el inciso “por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que lo preside, y” del apartado 1 del art. 99; el apartado 1 del art. 100; el inciso “o al Consejo de Justicia de Cataluña” del

apartado 2 del art. 101. Por ello, se enjuiciarán ahora los apartados 2, 5 y 6 del art. 95 EAC; los apartados 1, 2, letras f), g), h) e i), y 4 del art. 98 EAC; los apartados 1 y 2 del art. 99 EAC; el art. 100.2 EAC; el art. 102 EAC; el apartado 3 del art. 103 EAC; el apartado 1 del art. 108 EAC; el art. 180; los apartados 1, 2 y 3 del art. 182 EAC; y las disposiciones adicionales séptima, octava, novena y décima; advierte el TC que la diversidad de materias que regulan los preceptos impugnados no es obstáculo para su integración en un solo motivo de inconstitucionalidad, como ha hecho el Defensor del Pueblo; con excepción de la impugnación del Consejo de Justicia de Cataluña (art. 97 EAC, que ha perdido objeto tras la STC 31/2010), todas ellas cobran unidad a efectos de su impugnación porque la tacha de inconstitucionalidad que se formula es única: la de que con su inclusión en una fuente no idónea, como lo es un Estatuto de Autonomía, con un procedimiento reforzado de reforma, se prefiguran o predeeterminan decisiones normativas propias de las leyes orgánicas u ordinarias del Estado, que sólo éstas pueden regular; por ello denuncia también la inconstitucionalidad en la que incurren otros preceptos como los arts. 180, 182, apartados 1, 2 y 3, y disposiciones séptima, octava, novena y décima, en la medida en que conllevan a juicio del recurrente un mandato al Estado que vulnera los arts. 66.1, 122.1 y 2, 152.1 y 159, todos CE, incluso cuando se remiten a las leyes competentes; considerará el TC que el alegato no puede prosperar porque de lo expuesto en los fundamentos jurídicos 42 a 55 de la STC 31/2010, se deduce que con independencia de la inclusión de cualquier contenido relacionado con la materia de Administración de Justicia recogida en el art. 149.1.5 CE, el Estado conserva el ejercicio de sus competencias, sin que lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía pueda condicionar en absoluto al legislador orgánico, erigiéndose la Ley Orgánica del Poder Judicial en la única norma constitucionalmente habilitada para regular cuestiones en materia de Administración de Justicia en sentido propio; en concreto se remitirá el TC, respecto del art. 95.2 EAC, a lo dispuesto en el fundamento jurídico 44 de la STC 31/2010; idéntica solución le merece la impugnación de los apartados 5 y 6 del art. 95, los apartados 1 y apartado 2, letras f), g), h) e i) del art. 98, y art. 99 EAC, referentes al Consejo de Justicia de Cataluña, en la medida en que el Defensor del Pueblo los ha recurrido en su totalidad y, por tanto, pervive la impugnación tras la pérdida de objeto de parte de ellos por lo dispuesto en el fallo de la STC 31/2010; no obstante, en cuanto que la razón de decidir debe ser la misma, se remitirá el TC, en lo que afecte a la impugna-

ción de dichos artículos, a lo expuesto en los fundamentos jurídicos 48 y 49 de la STC 31/2010; igual respuesta debe darse respecto del art. 100.2 EAC, precepto no sometido a control en la STC 31/2010, que recoge la posibilidad de impugnación jurisdiccional de los actos del Consejo de Justicia de Cataluña que no puedan serlo en alzada ante el Consejo General del Poder Judicial, debiendo entender que las leyes a las que se remite no son sino las leyes estatales; recordará el TC que la inconstitucionalidad del art. 102 EAC fue rechazada en la STC 31/2010 por los argumentos expuestos en los fundamentos jurídicos 21 y 51; por lo que se refiere a la impugnación del art. 108.1 EAC, precepto no sometido a control en la STC 31/2010, por cuanto entiende que la predeterminación que conlleva la inclusión de un Estatuto de la competencia sobre la justicia de paz constituye una previsión que *o no significa[n] nada o condiciona[n] al legislador orgánico del Poder Judicial y ambas cosas son inaceptables*; considerará el TC que de conformidad con los fundamentos jurídicos 42 a 55 de la STC 31/2010, debe confirmar que, con independencia de la inclusión de cualquier contenido relacionado con la materia de Administración de Justicia recogida en el art. 149.1.5 CE, el Estado, que tiene reconocida la competencia exclusiva, decide con perfecta libertad, sin que lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía pueda condicionar en absoluto al legislador orgánico, erigiéndose la Ley Orgánica del Poder Judicial en la única norma constitucionalmente habilitada para regular cuestiones en materia de Administración de Justicia en sentido propio, como lo es la Justicia de paz en la que se ejerce función jurisdiccional en sentido estricto; respecto del art. 180 EAC, que prevé estatutariamente la participación de la Generalitat en los procesos de designación de Magistrados del Tribunal Constitucional y de miembros del Consejo General del Poder Judicial, se ha declarado que no es inconstitucional siempre que se interprete que *la participación de la Generalitat se condiciona, en su existencia y procedimientos, a lo que dispongan, dentro del margen que la Constitución les permite, las leyes orgánicas correspondientes* (STC 31/2010, FJ 113); sobre la previsión de designación por la Generalitat de representantes en los organismos económicos y sociales contemplada en los apartados 1, 2 y 3 del art. 182 EAC, ya apreció el TC que no puede prosperar la impugnación en virtud de los argumentos expuestos en el fundamento jurídico 114, de la STC 31/2010; en relación con la impugnación de la disposición adicional séptima, con una argumentación que se ciñe a los incisos que establecen *que será tramitado como Proyecto de Ley por el primero y [e]l Gobierno tramitará el Acuerdo de la Comisión como Proyecto de Ley*, se afirma en la re-

petida STC 31/2010, con motivo de la impugnación de su último párrafo, que *su tramitación como proyecto de ley, constituye una garantía procedimental que no impide, limita ni menoscaba la potestad legislativa plena que, de acuerdo con el art. 66.2 CE, ejercen las Cortes Generales (STC 181/1988, FJ 4)*” (STC 31/2010, FJ 136); esta decisión debe determinar la desestimación de la impugnación respecto del primer párrafo, en los mismos términos del fundamento jurídico 136 de la repetida STC 31/2010, en que así se hizo; por su parte las DDAA octava, novena y décima impugnadas son constitucionales interpretadas según lo dispuesto en el fundamento jurídico 137 de la STC 31/2010. Se aborda ahora por el TC el examen de las impugnaciones en el que el Defensor del Pueblo recurre con carácter general el sistema de asunción de competencias diseñado en el EAC; en concreto impugna los arts. 110, 111 y 112 incluidos en el capítulo I (lo que denomina *blindaje por definición*) y la práctica totalidad de los artículos del capítulo II, del título IV, lo que denomina *blindaje por descripción*. Considera el TC que ha perdido objeto en forma sobrevenida el inciso *como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinan de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto* del art. 111 EAC, en cuanto que en la STC 31/2010, FJ 60 y fallo, se declaró su inconstitucionalidad al estimar que “*no se ajusta ... al cometido de la sistematización de las categorías del régimen constitucional de distribución de competencias que, según tenemos repetido, puede desempeñar, sino que, elevando a regla esencial una sola de las variables admitidas por este Tribunal en la definición del concepto de las bases estatales, termina por definir el ámbito competencial del Estado*”; sobre la aprobación de normas meramente interpretativas de la Constitución y la limitación que el EAC provocaría en el ejercicio de la función jurisdiccional reservada a este Tribunal como intérprete supremo de las normas constitucionales es obligado remitirse a lo dicho en los fundamentos jurídicos 57 y 58 de la repetida STC 31/2010 y a la STC 247/2007, FJ 8; en concreto se afirmó que *[e]n su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica -e indiscutible- de las categorías y principios constitucionales; ninguna norma infraconstitucional puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional: Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional; siéndolo en todo tiempo, por un principio elemental de defensa y garantía de la Constitución: el que la asegura frente a la infracción y, en defecto de reforma expresa, permite la acomodación de su sentido a las circunstancias del tiempo histórico* (STC 31/2010, FJ 57); fundándose en dicho argumento desestimaré el TC también el argu-

mento sobre la predeterminación que la nueva distribución competencial generaría sobre el resto de las Comunidades Autónomas al quedar vinculadas por la interpretación supuestamente auténtica de la Constitución llevada a cabo por el EAC, pues éstas, al igual que todos los operadores jurídicos, y, en general, todos los poderes públicos (art. 37.1 LOTC), están vinculadas en forma inmediata por las interpretaciones de la Constitución y del EAC llevadas a cabo en la STC 31/2010; en referencia a la predeterminación que supone, a juicio del recurrente, el nuevo blindaje competencial respecto del legislador estatal y del autonómico ya se ha dicho que tanto la definición de las potestades, facultades y funciones que integran el contenido funcional de las competencias, que el recurrente llama blindaje por definición, como la técnica de la descripción de las materias y submaterias sobre las que la Comunidad Autónoma asume competencias, que denomina blindaje por descripción, tienen un sentido meramente descriptivo y no impiden, limitan o menoscaban el ejercicio de las competencias estatales (STC 31/2010, FJ 58 y 64); como tampoco limitan de manera inconstitucional las facultades del legislador autonómico según ya razonó el TC en la STC 31/2010 y en la STC 247/2007, ambas FJ 6; en relación con la impugnación del art. 110 EAC ya se ha que el citado precepto *no es contrario a la Constitución en tanto que aplicable a supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico u objeto jurídico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida, cualquiera que sea la utilización de los términos ‘competencia exclusiva’ o ‘competencias exclusivas’ en los restantes preceptos del Estatuto, sin que tampoco la expresión ‘en todo caso’, reiterada en el Estatuto respecto de ámbitos competenciales autonómicos, tenga otra virtualidad que la meramente descriptiva ni impida, por sí sola, el pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales* (STC 31/2010, FJ 59); al tiempo que se concluyó que, interpretado en esos términos, el art. 110 EAC no es contrario a la Constitución (STC 31/2010, FJ 59 y fallo). Sobre el art. 111 EAC se afirmó que, una vez declarada la inconstitucionalidad del inciso anteriormente reproducido, el precepto se atiene escrupulosamente al modelo constitucional, describiendo *“el supuesto del concurso de competencias arbitrado con arreglo al criterio bases/desarrollo* (STC 31/2010, FJ 60); finalmente respecto del art. 112 EAC ya se declaró que *[e]l precepto examinado no contraría, en el inciso recurrido, la doctrina constitucional que tradicionalmente ha incluido en el concepto ‘legislación’, cuando se predica del Estado, la potestad reglamentaria ejecutiva* (STC 196/1997, de 13 de noviembre),

*pues en la referencia a ‘la normativa del Estado’ se comprenden con naturalidad las normas estatales adoptadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, además de las que son resultado de la potestad legislativa del Estado. Cuestión distinta es si la competencia ejecutiva de la Generalitat puede ejercerse, a partir de ‘la normativa (legal y reglamentaria) del Estado’, no sólo como función ejecutiva stricto sensu, sino también como potestad reglamentaria de alcance general. La respuesta es, de acuerdo con nuestra doctrina, claramente negativa, aun cuando es pacífico que en el ámbito ejecutivo puede tener cabida una competencia normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal (STC 51/2006, de 16 de febrero, FJ 4). Sólo entendida en esa concreta dimensión, la potestad reglamentaria a que se refiere el art. 112 EAC, limitada a la emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica, no perjudica a la constitucionalidad del art. 112 EAC” (STC 31/2010, FJ 61); interpretado en esos términos, el art. 112 EAC no es contrario a la Constitución (STC 31/2010, FJ 61 y fallo). El Defensor del Pueblo impugna el art. 210 EAC en su conjunto, sosteniendo la inconstitucionalidad del significado y funciones que a la Comisión Mixta atribuye el Estatuto, el TC considera que debe analizar la proyección de su citada STC 31/2010 sobre la presente impugnación; considerará que allí ya se estableció que el apartado 1 y el apartado 2, epígrafes a), b) y d) del art. 210 no eran inconstitucionales interpretados según se determinaba en el fundamento jurídico 135, por lo que respecto de ellos repite idéntica conclusión con remisión a dicho fundamento jurídico, debiendo desestimar la impugnación de los epígrafes c), e), f), g) y h) del apartado 2, así como los apartados 3 y 4 del art. 210 EAC, por falta de argumentación suficiente. Se impugna asimismo el principio de bilateralidad en materia de relaciones de la Generalitat con la Unión Europea y las alegaciones de las partes; el Defensor del Pueblo sostiene la inconstitucionalidad de los arts. 186.2 y 3 EAC; dichas impugnaciones deben ser desestimadas por las razones expuestas en el fundamento jurídico 120 de la STC 31/2010. En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional decide estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y, en consecuencia, declara que: 1º Queda extinguido el recurso, por desaparición sobrevenida de su objeto, respecto de la impugnación de la expresión “y preferente” del apartado 1 de su art. 6; el inciso “con carácter exclusivo” del apartado 1 del art. 78; el art. 97; los apar-*

tados 2, letras a), b), c), d) y e), y 3 del art. 98; los incisos “y con la participación del Consejo de Justicia de Cataluña” de los apartados 5 y 6 del art. 95; el inciso “por el Presidente o Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que lo preside, y” del apartado 1 del art. 99; el apartado 1 del art. 100; el inciso “o al Consejo de Justicia de Cataluña” del apartado 1 y el apartado 2 del art. 101; el inciso “como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto” del art. 111.

2º En cuanto a las referencias del preámbulo del Estatuto de Cataluña impugnadas, ha de estarse a lo señalado en los fundamentos jurídicos 1 y 4.

3º No son inconstitucionales, en los términos expresados en los correspondientes fundamentos jurídicos que se indican: el art. 5 (FJ 4); el apartado 2 del art. 6 (FJ 6); el apartado 5 del art. 33 (FJ 6); el art. 34 (FJ 6); el apartado 2 del art. 95 (FJ 8); el art. 110 (FJ 9); el art. 112 (FJ 9); el apartado 3 del art. 127 (FJ 9); el art. 129 (FJ 9); el art. 138 (FJ 9); el art. 180 (FJ 8); el apartado 1 del artículo 183 (FJ 10); los apartados 1 y 2, letras a), b) y d) del art. 210 (FJ 10); y las disposiciones adicionales octava, novena y décima (FJ 8).

4º Se desestima el recurso en todo lo demás.

**6. Sentencia 138/2010, de 16 de diciembre (BOE de 19 de enero). Ponente: Gay Montalvo (Recurso de inconstitucionalidad)**

*Preceptos constitucionales:* 138.2; 149.1.13 y 23, 157.1.a); 158.1. otros:

*Objeto:* Diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña

*Materias:* Principio de bilateralidad; gestión del agua; denominaciones e indicaciones geográficas de calidad y régimen de financiación autonómica.

El presente recurso interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja cuestiona la constitucionalidad de los artículos 3.1; 117.1, 2, 3 y 4; 128.3; 144.1. g); 169.6; 174.3; 183; 201; 202.3 b); 204.1 y 4; 205; 206.3 y 5; y 210; y las disposiciones adicionales segunda, cuarta, séptima, octava, novena, décima y undécima, así como la disposición final segunda, todos ellos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). El recurso ordena estos artículos en cuatro bloques temáticos (principio de bilateralidad, gestión del agua, denominaciones



e indicaciones geográficas de calidad, y régimen de financiación autonómica). Para concretar el objeto de análisis de este recurso es preciso, en primer lugar, dar respuesta a la objeción de admisibilidad expuesta por el Parlamento de Cataluña en relación con la impugnación de diversos preceptos. Se ha objetado que la inconstitucionalidad aducida en diversos preceptos ninguno de los cuales aparece mencionado expresamente en el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de la Rioja, de 5 de octubre de 2006 sobre la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad. Considerará el TC que habida cuenta de que existe una plena concordancia entre los preceptos recogidos en el acuerdo del Consejo de Gobierno del que trae causa el recurso y los mencionados en el suplico debe concluirse que la acción procesal en el presente recurso de inconstitucionalidad está claramente determinada y delimitada, y se concreta en los preceptos enunciados previamente que constan en el suplico; a los efectos de concretar el objeto de este recurso también debe tomarse en consideración que la STC 31/2010, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso *siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar* del apartado 3 del artículo 206. Se han impugnados los artículos 3.1, 174.3, 183 y 210 y la disposición adicional segunda EAC al entender que consagran el principio de bilateralidad en las relaciones de la Generalitat con el Estado. El TC considera que ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la reciente STC 31/2010 sobre la constitucionalidad, desestimando el recurso entonces presentado, de los siguientes preceptos: el art. 3.1 EAC en el FJ 13 y la DA 2ª en el FJ 117º, y los epígrafes a), b) y f) del art. 183.2, en el FJ 116º, por lo que procede con remisión a dichos FFJJ y dado que los motivos aducidos por el demandante son los mismos, desestimar igualmente la impugnación; en relación con los arts. 174.3, 183.1, 210.1 y 210.2, epígrafes a), b) y d) EAC la STC 31/2010 declaró que no eran inconstitucionales siempre que se interpretaran en los términos establecidos en los FFJJ 111º, 115º y 135º, respectivamente; aunque se impugnan formalmente los arts. 183 y 210 EAC en su conjunto, el Gobierno recurrente no ofrece una argumentación concreta referida a cada uno de los apartados y epígrafes, por lo que no procede su consideración individualizada más allá de lo que acaba de exponer el TC. Continuará analizando el TC el recurso de inconstitucionalidad apreciando que se impugnan los preceptos 117.1, 2, 3 y 4, 144.1 g) y 169.6 EAC, que agrupa en torno al tema *gestión del agua*; optará el TC por dar un trato diferenciado a los referidos preceptos estatutarios según el encuadramiento que les corresponda;

considera el TC que se ha pronunciado en la reciente STC 31/2010, sobre la constitucionalidad del art. 117.1, 2 y 4 EAC, en su FJ 65º, al que procede remitirse íntegramente para desestimar la presente impugnación, ya que los argumentos utilizados en ella son idénticos a los que allí fueron analizados; en relación con el art. 117.3 EAC, es de destacar que en el FJ 65º STC 31/2010, ya se excluyó que fuera inconstitucional la previsión de que la Generalitat participe en la *planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias*; en ese sentido habrá también que remitirse a dicho pronunciamiento para descartar su inconstitucionalidad; no obstante, el recurso impugna dos epígrafes concretos del art. 117.3 EAC; en primer lugar, el señalado con la letra a), que atribuye a la Generalitat la competencia ejecutiva para, dentro de su ámbito territorial, *adoptar medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos*; señalando el recurso que estas medidas pueden menoscabar e interferir las competencias o medidas que, para el ámbito de la cuenca o demarcación hidrográfica, haya adoptado el plan hidrológico o el organismo de cuenca; considerará el TC que el precepto no es inconstitucional, en cuanto la Generalitat puede adoptar medidas adicionales de protección medioambiental; en caso de que mediante su ejercicio se invadiera ilegítimamente otro ámbito competencial sería inconstitucional la concreta actuación, pero no el precepto estatutario impugnado; por lo que se refiere a la impugnación del epígrafe señalado con la letra c) del citado artículo 117.3, mediante el que se atribuye a la Generalitat la competencia ejecutiva para, dentro de su ámbito territorial, ejercer las *facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal* apreciará el TC que de la dicción del precepto resulta que no hay mandato alguno, sino plena remisión a la legislación estatal, ya que las competencias autonómicas de policía serán únicamente las que determine esa legislación, por lo que ha de ser desestimada la impugnación de los apartados a) y c) del art. 117.3 EAC. En relación con la impugnación de la letra g) del art. 144.1 EAC, que se refiere a la regulación y gestión de los vertidos efectuados en aguas interiores de Cataluña así como de los efectuados en las aguas superficiales y subterráneas que no pasen por otra Comunidad, señalará el TC, de acuerdo con lo declarado en la STC 110/1998 (FJ 6), los vertidos deben encuadrarse en el título competencial *medio ambiente*, lo que, por otra parte, verifica el precepto, cuyo título es *Medio ambiente, espacios naturales y meteorología*, y al medio ambiente se refiere el apartado 1, incardinación re-

conocida por el propio Gobierno recurrente; el TC considera que la impugnación del precepto recurrido ha de ser desestimada; se alegará, además, que la atribución a la Generalitat, dentro de su ámbito territorial, de la competencia ejecutiva sobre la intervención administrativa de los vertidos en las aguas superficiales y subterráneas - que incluyen los realizados en la cuenca del Ebro- es inconstitucional; será criterio del TC que si el encuadramiento adecuado de la materia “vertidos” es el título de medio ambiente, nada impide que el Estatuto de Autonomía de Cataluña incorpore tal atribución, pues el art. 149.1.23 CE reserva al Estado la *legislación básica*, pudiendo las Comunidades asumir competencias ejecutivas, como así se hace [STC 149/1991, FFJJ 1 y 4 A)], en consecuencia este motivo de impugnación debe rechazarse; asimismo se ha sostenido por los recurrentes que el art. 169.6 EAC no salva las competencias del Estado en materia de aguas (art. 149.1.22 CE), a diferencia de lo que ocurre con “marina mercante y puertos”, lo que presupone que Cataluña ejerce la totalidad de las competencias en esta submateria, obviando las que corresponden al Estado; considera el TC que el transporte ha sido considerado por este Tribunal como una materia con entidad propia (STC 40/1998, FJ 45°); ciertamente la actividad de transporte supone la prestación de un servicio que ha de realizarse sobre una infraestructura (carreteras, ferrocarriles) o sobre una vía natural (aguas fluviales, aguas marítimas), considerará el TC que si el hecho de que la regulación por el Estatuto de la competencia exclusiva de la Generalitat sobre los transportes terrestres de viajeros y mercancías por carretera, ferrocarril y cable que transcurran íntegramente dentro del territorio de Cataluña se haya realizado con independencia de la titularidad de la infraestructura (art. 169.1 EAC) no ha merecido ningún reproche de constitucionalidad, tampoco ha de merecerlo que la regulación de la competencia exclusiva en materia de transportes marítimo y fluvial no haga referencia a la competencia sobre las aguas; en consecuencia en ninguno de ambos casos se produce la negación de las competencias del Estado; por tanto no merece reproche de constitucionalidad que el EAC asuma la competencia sobre transporte marítimo y fluvial que no desborde los límites territoriales de Cataluña siempre que dicha competencia respete las estatales con las que concurra; como ya se expuso por el TC en relación con el art. 117.1 EAC en el FJ 65° de la STC 31/2010, el hecho de que se asuma una competencia como exclusiva no supone que esta competencia sea ilimitada, apreciará el TC que la competencia autonómica en materia de transporte marítimo y fluvial que trans-

curra íntegramente por Cataluña resulta limitada, además de por las competencias del Estado en marina mercante y puertos, citadas en el texto, por la competencia estatal sobre aguas (art. 149.1.22 CE); la impugnación del art. 169.6 EAC debe desestimarse. El art. 128.3 EAC (denominaciones e indicaciones geográficas y de calidad) ha sido impugnado alegando que predetermina la acción del legislador estatal, en primer lugar, porque afirma que la Generalitat *ejerce las facultades de gestión y control ... en los términos que determinen las leyes*; al tiempo que, en segundo lugar, con la previsión de que la Generalitat *“participa en los órganos de la denominación y en el ejercicio de sus facultades de gestión”*, que predetermina el contenido de una decisión que corresponde en exclusiva al legislador estatal; aprecia el Tc que el primero de estos dos motivos de impugnación fue considerado por la STC 31/2010, en cuyo FJ 75° se sostuvo que el precepto impugnado es acorde con el orden constitucional de distribución de competencias, pues reconoce que la Generalitat ejercita la señalada competencia en los *términos que determinen las leyes*, debiendo entenderse que éstas son ciertamente leyes estatales, pues, en efecto, corresponde al Estado atribuir el ejercicio de tales facultades de gestión y control y especificar la forma que han de llevarse a cabo. Por lo que se refiere a la participación de la Generalitat en los consejos reguladores de denominaciones específicas y denominaciones de origen cuyo ámbito comprenda también parte del territorio ajeno a la jurisdicción de la Generalitat de Cataluña indicará el TC que, según se estableció en la STC 31//2010, FJ 75, que recoge en este punto su doctrina anterior (STC 112/1995, FJ 4), tal participación se realizará *de acuerdo con la normativa que se establezca*, y que *por razones territoriales sólo puede en esos casos dictar el Estado* (FJ 4); al tiempo recordará el TC lo ya declarado en relación con el art. 174.3 EAC (FJ 111° STC 31/2010: esta participación no puede condicionar el libre y pleno ejercicio de las competencias estatales rechazándose, en consecuencia la doble impugnación del art. 128.3 EAC. Por lo que se refiere a la impugnación de diversos preceptos en materia de régimen de financiación autonómica, en primer lugar mencionará el TC la que afecta al art. 201 EAC, sin concretar ninguno de sus apartados; sin embargo, teniendo en cuenta los argumentos para sustentar su inconstitucionalidad sólo pueden considerarse impugnados los apartados 3 y 4, ambos relacionados con la creación de la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat, único aspecto que se discute; el art. 201.3 EAC, en relación con el art. 210 EAC, ha sido impugnado señalando que la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-

Generalitat vulnera el principio constitucional de coordinación entre las Haciendas autonómicas y estatal; esta alegación, por haber sido sustentada en idénticos argumentos, debe desestimarse con remisión a lo sostenido en el FJ 131º STC 31/2010; se aprecia asimismo la denuncia de la inconstitucionalidad del art. 201.4, en relación con la DA 4ª EAC, por atentar contra el art. 138.2 CE y contra el art. 2.1 c) de la LOFCA, ya que al amparo de dicha DA la determinación de los supuestos en que se produzca una discriminación respecto de Cataluña y el reconocimiento de las balanzas fiscales queda en manos de la Comisión Mixta Estado-Generalitat sin que las restantes Comunidades se pronuncien al respecto; recuerda el TC que en los FFJJ 131 y 134 de la STC 31/2010 se analizó el alcance del art. 201.4 EAC, considerando que no vulnera la Constitución; la conclusión ahí alcanzada no resulta alterada por la conexión del art. 201.4 con la DA 4ª pues esta última sólo prevé una actuación instrumental de la Comisión Mixta Estado-Generalitat de Asuntos Económicos y Fiscales, cuyas funciones fueron consideradas acomodadas a la CE interpretadas según lo señalado en el FJ 135º de la STC 31/2010; en consecuencia, sostiene el TC que la impugnación del art. 201, apartado 4, en relación con la DA 4ª debe rechazarse. El Gobierno de La Rioja aduce que el art. 202.3 b) EAC (en relación con las DDAA séptima, octava, novena, décima y undécima) es inconstitucional por cuanto obvia la relación de multilateralidad con las demás Haciendas autonómicas prevista por el bloque de la constitucionalidad, obligando al Estado a modificar la normativa sobre cesión de tributos; previamente al examen de las concretas alegaciones de inconstitucionalidad que se realizan procede indicar por el TC que, pese a dirigirse formalmente contra el artículo 202.3 b), el recurso no contiene ningún razonamiento justificativo de la inconstitucionalidad del artículo que, por otra parte, prácticamente reproduce los artículos 157.1 a) CE y 4.1 c) LOFCA, y tampoco argumenta sobre la inconstitucionalidad de la disposición adicional undécima; en consecuencia se procede de la desestimación de la impugnación de ambos preceptos. Con relación a la DA 7ª, el recurso señala que esta disposición, no sólo establece para el legislador estatal la obligación de remitir un proyecto de ley a las Cortes, sino que también predetermina el contenido de dicho proyecto de ley, que debe coincidir con el acuerdo de la Comisión Mixta, determinando con ello un condicionamiento del ejercicio de la competencia estatal sobre la cesión de tributos; el TC considera que sin perjuicio de señalar que una disposición similar estaba presente en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, así

como en la práctica totalidad de los restantes Estatutos, incluido el de La Rioja, en cuanto a la previsión de la adopción de un acuerdo por la Comisión Mixta, que obliga al Gobierno a tramitarlo como proyecto de ley o como Decreto-ley, considera el TC que esta garantía procedimental no vulnera la Constitución (STC 31/2010, FJ 136°), lo que debemos reiterar; en consecuencia esta impugnación no puede prosperar. Como tampoco la denuncia de la inconstitucionalidad del art. 202.3 b) en relación con las DDAA octava, novena y décima, que exigen que el primer proyecto de ley de cesión de impuestos recoja unos porcentajes de cesión de tributos estatales en las cantidades queridas en el Estatuto. Estas DDAA no son contrarias a la Constitución siempre y cuando se interpreten en el sentido establecido en el FJ 137° de la STC 31/2010. Los demandantes consideran que los apartados 1 y 4 del art. 204 EAC, en relación con la DF 2ª EAC, resultan inconstitucionales por reconocer al Parlamento de Cataluña la capacidad de regular las atribuciones de la Agencia Tributaria de Cataluña en los procedimientos que afecten a tributos estatales cedidos totalmente a la Generalitat, lo cual contradeciría lo dispuesto en los arts. 10 y 19 LOFCA; según el Tc esta impugnación no puede prosperar en cuanto que en nuestra STC 31/2010, FJ 132° se ha desestimado idéntica impugnación y por los mismos motivos. En relación con la previsión de la DF 2ª EAC, según la cual la Agencia Tributaria de Cataluña debe crearse por ley del Parlamento catalán no resulta contraria a la Constitución, toda vez que esta norma no tiene como objetivo la regulación de los aspectos sustantivos del sistema tributario, limitándose a prever que la Agencia será creada por una ley del Parlamento catalán, a aprobar en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Estatuto; considerará el Tc que nos encontramos ante una habilitación para la creación de un organismo autonómico, sin que del tenor del precepto pueda deducirse habilitación para regular aspectos de los tributos cedidos que sean de competencia estatal, en consecuencia debe rechazarse también la impugnación de la disposición final segunda EAC. El Gobierno recurrente sostiene que el art. 205 EAC, que prevé que la revisión por la vía administrativa de los actos de gestión tributaria dictados por la Agencia Tributaria de Cataluña derivados de la gestión de los tributos cedidos totalmente a la Generalitat corresponda a los órganos económico-administrativos de la Generalitat, es contrario a la CE y al art. 20 LOFCA; en opinión de los recurrentes este artículo estatutario supone un desapoderamiento de los tribunales económico-administrativos del Estado de una competencia no susceptible de delegación; es-

timará el TC, de acuerdo con lo establecido por la STC 31/2010, FJ 133, la referencia del art. 205 a *sus propios órganos económico-administrativos* tiene una dimensión exclusivamente autoorganizadora, sin que dicho *nomen* atraiga hacia la Generalitat cualquier competencia revisora en la vía económico-administrativa, competencia que sólo puede establecer la ley estatal; en definitiva, puesto que el art. 205 EAC no afecta a la competencia del Estado en el establecimiento del alcance de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, su impugnación debe rechazarse. La impugnación del art. 206 EAC se circunscribe a los apartados 3 y 5, que se consideran contrarios a los arts. 158.1 CE y 15 LOFCA, es decir, al modelo y al régimen de asignaciones de nivelación que concretan el principio de solidaridad; el art. 206, apartados 3 y 5 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 (art. 206.3 EAC) y a que no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas *per cápita* entre las CCAA antes de la nivelación (art. 206.5). Recuerda el TC que la STC 31/2010, declaró que el art. 206.3 no vulnera la Constitución, salvo su inciso *siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar*; en la medida en que la impugnación de este precepto recae sobre un inciso que ya ha sido declarado nulo, ha perdido objeto respecto del mismo, desestimándose la impugnación del resto del precepto; como recuerda también el TC el art. 206.5 EAC no es contrario a la Constitución interpretado en el sentido expuesto en su FJ 134. La representación procesal del Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja también aduce que algunos de los preceptos impugnados por vulnerar la Constitución infringen *las competencias e intereses que tienen una expresa consideración en el Estatuto de Autonomía de La Rioja*; de este modo, la demanda establece una estrecha relación entre la vulneración de la Constitución que realizarían algunos de los artículos impugnados del EAC y la infracción por parte de los mismos del Estatuto de Autonomía de La Rioja, precisando que esa doble infracción constitucional y estatutaria la producirían los preceptos antes examinados que la demanda encuadra en las materias de gestión del agua, denominaciones de origen intercomunitarias y sistema de financiación. Recordará el TC, como ya dijo en un proceso en el que se examinaba

la posible colisión entre dos Estatutos de Autonomía, *que el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía es la propia Constitución; esto es, la constitucionalidad de un precepto estatutario sólo puede enjuiciarse sobre la base de su conformidad con la Norma fundamental* (SSTC 99/1986, FJ 4, y 247/2007, FJ 6); dado el planteamiento de la demanda, en cuanto a las infracciones del Estatuto de Autonomía de La Rioja que se denuncian y que están estrechamente conectadas con las impugnaciones de la Constitución, y por consecuencia de lo argumentado concluirá reiterando la fundamentación y pronunciamientos que realizados respecto de estas últimas.

En atención a todo lo expuesto, el TC ha decidido

1º Declarar la pérdida de objeto de la impugnación del inciso “siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar” del art. 206.3 EAC.

2º Declarar que no son inconstitucionales, en los términos de lo expresado en los correspondientes fundamentos jurídicos que se indican, el apartado 3 del art. 174 (FJ 2); el apartado 1 del artículo 183 (FJ 2); el apartado 1 del artículo 210 (FJ 2); los epígrafes a), b) y d) del apartado 2 del art. 210 (FJ 2); las disposiciones adicionales 8, 9 y 10 (FJ 8); y el apartado 5 del art. 206 (FJ 11).

3º Desestimar en todo lo demás el presente recurso de inconstitucionalidad.



# 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

#### SILENCIO ADMINISTRATIVO

La autorización para el establecimiento de un centro de inspección técnica de vehículos, implica la transferencia de funciones relativas al servicio público, razón por la cual se exceptiona en este caso el sentido positivo del silencio.

«En el único motivo de casación, articulado al amparo del artículo 88.1 .d) de la Ley Jurisdiccional el Letrado de la Comunidad de Madrid critica la Sentencia que admite los efectos del silencio administrativo positivo en relación a la solicitud de autorización de un centro de Inspección Técnica de Vehículos. Argumenta que no procede el reconocimiento de los efectos del silencio positivo, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/ 1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Proce-

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

dimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero excluye del silencio aquellos procedimientos en los que la estimación suponga transferir facultades relativas al servicio público: por ello, en su opinión, la interpretación realizada por la Sala de instancia que admite el silencio resulta errónea. De forma subsidiaria, destaca que el límite general a los efectos del silencio positivo es la imposibilidad de entender adquiridos derechos o facultades contrarios al ordenamiento jurídico y al ser la Inspección Técnica de Vehículos un servicio público no cabe obtener autorización para la prestación de dicha actividad bajo la figura del silencio administrativo positivo.

El motivo va a ser acogido. Como hemos expuesto en los anteriores fundamentos, la Sala de instancia admite que en el supuesto enjuiciado opera el silencio administrativo positivo por cuanto —razona expresamente— la solicitud deducida no se encuentra en ninguna de las excepciones previstas en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, para que el silencio produzca sus efectos.

Conviene recordar ahora cuales son los términos en los que se regula el silencio administrativo, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la LRJAPAC, la regla general en lomo al silencio en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados es la recogida en el artículo 43.2, párrafo primero. Su literalidad concreta es la siguiente:

*“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”.*

En el párrafo segundo del aludido precepto legal, que la sala maneja en su decisión, se enumeran las excepciones al sentido positivo atribuido al silencio, con el siguiente tenor:

*“Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio”.*

Pues bien, la interpretación de la Sala de instancia no se ajusta a lo dispuesto en el mencionado precepto, en el que, según su tenor literal se contempla como excepción a la regla general del silencio positivo precisamente aquellos supuestos que puedan transferir facultades relativas al servicio público. Aun cuando el pronunciamiento impugnado no expresa la razón de la conclusión alcanzada, ciertamente cabe deducir que la Sala niega que la obtención de una autorización para el establecimiento de un centro de ins-

pección técnica de vehículos implique la transferencia de facultades relativas al servicio público.

No obstante, atendiendo a la regulación legal del servicio al que se refiere la autorización analizada –la inspección técnica de vehículos– singularmente la normativa autonómica vigente en el momento de dicha solicitud –el artículo 26.3.1.3 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid atribuye a la Comunidad competencia exclusiva en materia de industria– cabe entender que en el momento de la solicitud de la pretendida desestimación, la inspección técnica de vehículos presentaba ciertas notas características de un servicio público.

En el ámbito autonómico, cabe citar el Decreto de la Comunidad de Madrid 23/1986, de 27 de febrero por el que se organiza el Servicio Público de Inspección Técnica de Vehículos en la Comunidad de Madrid, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1987/1985, de 24 de septiembre que estableció las normas básicas para la instalación y funcionamiento de las estaciones de Inspección Técnica de Vehículos. Este Decreto estuvo ausente hasta su derogación por la Ley Autonómica 7/2009, de 15 de diciembre por la que se liberaliza el régimen jurídico de la actividad de Inspección Técnica de Vehículos de la Comunidad de Madrid.

En el preámbulo del aludido Decreto 23/1986, de 27 de febrero, se indica que “el fuerte volumen de inversiones necesarias para crear una red de estaciones ITV capaz, de dar respuesta a la demanda de inspecciones previstas, aconseja establecer un sistema que permita la construcción y explotación de estaciones de una forma ágil y haga posible el acceso del capital privado. Sin embargo, dado el carácter de servicio público de la inspección técnica de vehículos, la Comunidad de Madrid debe retener la alta, dirección y control de la construcción y explotación de la red en el ámbito territorial de su competencia, A este respecto. –continúa– el Real Decreto 1987/1985, de 24 de septiembre, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las estaciones de ITV, establece que la ejecución material de las inspecciones podrá ser realizada directamente por las Comunidades Autónomas, o sociedades de economía mixta, o por empresas privadas en régimen de concesión administrativa.”

En el artículo 2.1 se configuraba la inspección técnica de vehículos como un servicio público. Así manifiesta este precepto “con el fin de garantizar la realización de las inspecciones técnicas de vehículos a que se refiere el epígrafe 2 del artículo 1 del presente Decreto, se configura el Servicio Público de Estaciones de Inspección Técnica de Vehículos Automóviles”.

Posteriormente, el Decreto 223 /2003 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 6 de noviembre por el que se regula la gestión del Servicio de Inspección Técnica de Vehículos en la Comunidad de Madrid

(ITV) durante el período transitorio definido por el Real Decreto 833/2003, de 27 de junio, incorpora las novedades introducidas por el Real Decreto-ley 7/2000 de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones con la sustitución del sistema de concesión administrativa (previsto en la legislación estatal en el artículo 2.1 del Real Decreto 1987/1985) por el de autorización administrativa reglada como técnica jurídica que posibilita la prestación del servicio de ITV por parte de los particulares.

En particular, merece destacar el Preámbulo del aludido Decreto Autonómico 223/2003, de 6 de noviembre, de la Comunidad de Madrid que define la Inspección Técnica de Vehículos como un servicio público. Así indica “en la situación planteada por la normativa citada se hace necesario adaptar al nuevo marco jurídico el sistema actual de prestación del Servicio Público de Inspección Técnica de Vehículos garantizando al mismo tiempo la continuidad y fiabilidad del servicio”.

Resulta, pues, de lo anterior, que para determinar si operaba el efecto positivo del silencio administrativo en la obtención de la autorización, la Sala sentenciadora debió lomar en consideración la naturaleza del Servicio de la Inspección Técnica de Vehículos al que se refería la autorización a la que nos referimos. No obstante, como antes hemos expuesto, la Sala se limita a afirmar que no concurría ninguna de las excepciones legalmente tasadas para que el silencio desplegara sus efectos, desconociendo la configuración legal del referido servicio. Y aun cuando se ha producido la liberalización del sector a partir de la citada Ley Autonómica 7/2009, de 15 de diciembre es lo cierto que durante el período referido y a pesar de las sucesivas disposiciones tendentes a la gradual liberalización de la actividad, subsistía todavía la característica esencial del servicio público, al mantenerse, en esencia, la reserva de la actividad en el sector público.

No procedía, pues, en la situación transitoria y provisional descrita, en un proceso de progresiva liberalización de la prestación del servicio –en la que coexistía el régimen de autorización con el de concesión– el reconocimiento de los efectos del silencio positivo pues la autorización se refería y suponía de algún modo la transferencia de facultades de una actividad que formalmente se calificaba de servicio público y su regulación material, mayoritariamente, seguía manteniendo la reserva de la actividad en el sector público, por tales razones, el supuesto analizado se insertaba en la excepción legalmente contemplada al sentido positivo del silencio administrativo».

*(STS de 29 de diciembre de 2010. Sala 3ª, Secc. 3ª. F.D. 3º. Magistrada Ponente Sra. Perrelló Doménech. Ar. 113/2011).*

## IV. BIENES PÚBLICOS

### AGUAS

La sentencia transmite la estrecha coordinación que debe existir—aún dentro de un único Organismo de Cuenca— entre las funciones de autorización y las funciones sancionadoras. Por otro lado, resulta discutible si es posible extraer directamente del artículo 45 de la Constitución un régimen de responsabilidad objetiva; es decir el deber de reparación de daños al Dominio Público Hidráulico, por parte de quien no ha infringido la legislación de aguas.

«En el supuesto de autos no existen dudas sobre la captación de aguas por parte de la Comunidad de Regantes recurrente del Río Guadiana, a su paso por la Ciudad de Badajoz, —concretamente en el paraje de “Buenavista”—; captación realizada a través de una estación elevadora de aguas situada a unos 1.500 metros aguas abajo del denominado Puente Real, con la finalidad de proceder al riego de unas 1.000 hectáreas sitas en dicho paraje.

Así fue contrastado por Técnicos de la Comisaría de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, en lecha de 5 de septiembre de 2007. Tampoco se discute el cálculo del menoscabo de los bienes de dominio público para el riego —en concreto— de 1.083 hectáreas, a razón de 6.000 m<sup>3</sup> de agua para cada hectárea,— con un valor de 0,047 euros por m<sup>3</sup>, resultando, de todo ello, una valoración del menoscabo de 305.420,83 euros, que es la cantidad que, en la resolución impugnada, se solicita de la recurrente en concepto de indemnización por los daños causados al dominio público.

En consecuencia, a través de las argumentaciones que hemos reseñado de la Comunidad recurriendo lo que se discute, desde diversas perspectivas, es la relativa a la existencia —o no— de una autorización para la realización de la mencionada captación, no discutida, y que se venía desarrollando durante los años anteriores.

Pues bien, tal autorización, en forma expresa considerada, no existía en el supuesto de autos; esto es, en ningún momento la Confederación Hidrográfica del Guadiana ha autorizado, dictando la correspondiente resolución expresa, a la Comunidad de Regantes recurrente para la captación de las aguas lluviales que hemos reseñado, estamos, pues, en presencia de un acto típico y antijurídico.

En consecuencia, la primera alegación de la recurrente, en torno a la inexistencia de la infracción administrativa, ha de ser rechazada por cuanto los elementos objetivos que la misma infracción administrativa requiere en los preceptos del IRLA (RCL 2001. 1824. 2906) y el RDPH que se citan en la resolución impugnada, sin duda concurren: Se han captado aguas del Río

Guadiana para riego, sin contar con la correspondiente autorización administrativa expedida por la Confederación Hidrográfica del Guadiana.

Cuestión distinta es que la reclínente considerara –como consecuencia de la actuación en el tiempo llevada a cabo por la Confederación Hidrográfica– que, de forma implícita, se encontraba autorizada para ello por parte de la citada Confederación Hidrográfica, lo cual sitúa el conflicto en el terreno subjetivo de la culpabilidad, que es la segunda de las alegaciones que plantea la Comunidad recurrente.

Pues bien, en el supuesto de autos debemos reseñar los siguientes daños para luego poder –en su caso– deducir del conjunto de los mismos la posible creencia por parte de la Comunidad de Regantes reclínente de que la captación de aguas que venía realizando del Río Guadiana comalía con la autorización –al menos implícita– de la Confederación Hidrográfica del Guadiana:

a) Con fecha de 23 de septiembre de 1991, y mediante resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, se declaró válidamente constituida la Comunidad de Regantes del ... *“con aprovechamiento de aguas del Río Guadiana a partir de la toma R a las acequias R-I y R-II con una superficie aproximada de 1.068 Has. transformadas en regadío de conformidad con lo dispuesto en la O.M. de 27-11-87”*, que había declarado la puesta en riego del la zona del ... (también conocida como Sector R del Canal de Montijo) como de interés nacional. En su Considerando Segundo se decía que *“la Comunidad interesada dispondrá para su aprovechamiento del caudal que provisionalmente le asigne este Organismo, en tanto se le otorgue en su día la correspondiente Concesión de Aguas Públicas”*. En la misma resolución se aprobaban las Ordenanzas y Reglamentos de la Junta de Gobierno y Jurado de Riegos por los que se regiría la Comunidad, añadiéndose en la citada resolución que *“el art. 6” de la Ordenanzas deberá entenderse provisionalmente redactado a resultas del expediente de Concesión de Aguas que se tramite en su día”*.

b) Con anterioridad –16 de mayo de 1989– se produjo una reunión entre representantes de usuarios del citado Sector R del Canal de Montijo con la finalidad de sustituir el sistema de riegos que se utilizaba por el de una estación elevadora desde el Río Guadiana, ya que la construcción del nuevo puente sobre el río obligaba a la eliminación de parte del Canal de Montijo, que sería sustituido por la nueva planta elevadora *“que será financiada íntegramente por la Comunidad Autónoma y deberá estar concluido para hacer frente a la Campaña de Riegos de 1990”*. En el Acta de la reunión consta igualmente que para el año de 1989 se había construido una toma provisional y que para el año de 1990 se aprobaba una nueva propuesta de tarifas del agua que se captaba con la nueva planta elevadora.

Por otra parte, en fecha de 14 de enero de 2005 el Presidente de la Confe-

deración Hidrográfica puso en conocimiento de la Comunidad de Regantes la circunstancia de que el Ministerio de Medio Ambiente había “*diseñado un procedimiento administrativo de carácter simplificado, para que dichas Comunidades puedan obtener las concesiones de agua que correspondan a su ámbito de actuación*”. el cual se iniciaría mediante una solicitud de la Comunidad “*para legalizar su situación administrativa*”, que fue cursada por la recurrente en fecha de 2 de septiembre de 2005 “*a los efectos de obtener las concesiones de agua que respondan a su ámbito de actuación*”, sin que la misma tuviera respuesta expresa.

A la vista de lo anterior hemos de señalar que la actuación de la Comunidad recurrente se salda en un terreno ajeno al de una voluntad infractora por cuanto su actuación venía siendo conocida y consentida por la propia Administración: Esta había declarado la zona de riego como de interés nacional, había acordado con los usuarios del Sector la modificación del sistema de riego, había construido y sufragado la planta elevadora de agua desde el Río Guadiana, había dispuesto para la Comunidad un aprovechamiento provisional, y había establecido un sistema de legalización de la situación que, iniciado por la Comunidad, sin embargo, no había obtenido respuesta expresa. Y es mas, por la captación de aguas había girado a la recurrente la correspondiente liquidación por tarifas del agua (canon de regulación) utilizada con el resultado que luego veremos.

En consecuencia, la utilización, en tal situación de conocimiento, consentimiento y autorización tácita, de la potestad sancionadora deviene improcedente al faltar el elemento subjetivo imprescindible en tal actuación, que viene impuesto por la necesaria concurrencia de la culpabilidad del infractor. Por ello, la sanción impuesta ha de ser anulada.

Cuestión distinta es la relativa a la posibilidad –una vez anulada la sanción– de subsistencia de la indemnización exigida a la recurrente, cifrada en 305.420.83 euros, y que es la valoración –no discutida– del menoscabo causado al dominio público hidráulico, como consecuencia de la captación de agua para riego.

Ya hemos adelantado que la Confederación Hidrográfica giró a la Comunidad recurrente liquidación en concepto de Canon de Regulación correspondiente al ejercicio de 2000, a la que se acumularían la de 2001, la cual sería impugnada por la citada Comunidad ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Extremadura que, en resolución de 28 de febrero de 2007, procedería a la anulación de la misma de conformidad con lo establecido en el artículo 114.1 del TRLA así como en el 299 del RDPH, que, en síntesis, señalaban que los obligados al pago de dicho canon son los titulares del derecho al agua y esos titulares son los de las previas concesiones. En concreto señalaba la resolución administrativa que “*dado que ha quedado suficientemente probado que la Comunidad de Regantes ..., interesada*

en esta reclamación no es la beneficiaria de las obras de regulación y sí lo son los agricultores que de ella forman parte como beneficiarios directos de las obras de regulación y, dado que, según manifiesta la Confederación Hidrográfica del Guadiana, en la ficha informativa unida al expediente remitido la ahora reclamante no tiene concesión que avale la exigencia del Canon cuestionado, forzoso es admitir lo alegado al respecto y declarar no ajustados a derecho los actos impugnados”.

En consecuencia, la recurrente –y con ella sus comuneros– se han beneficiado de la captación agua, sin haber satisfecho canon alguno por la misma, y, si bien no puede ser sancionada –como hemos expresado en el Fundamento Jurídico anterior– por la citada ausencia de culpabilidad, dado el consentimiento de la situación por la propia Confederación Hidrográfica, ello, sin embargo, no le exime, del deber de cumplir con la indemnización que en la resolución impugnada también se le reclama.»

*(STS de 23 de febrero de 2011. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 3º, 4º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 1532).*

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

### EJERCICIO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

El TS sintetiza la reiteradísima doctrina de la Sala, en relación con el cómputo de los plazos señalados por meses, que se computan de fecha a fecha.

En el motivo segundo, apartado A/, se alega la infracción de los artículos 48.2 y 117.1 de la Ley 30/1992 y 31 de la Ley Jurisdiccional, señalando los recurrentes que, dado que el acuerdo de municipal de 30 de noviembre de 1999 fue notificado el 7 de febrero de 2000, el plazo para interponer el recurso de reposición se inició el 8 de febrero de aquel año, por ser el día siguiente al de la notificación, finalizando dicho plazo el mismo día del mes siguiente, esto es, el 8 de marzo de 2000, por lo que el recurso de reposición presentado en esa misma fecha debió considerarse dentro de plazo.

El planteamiento de los recurrentes no puede ser acogido y, por el contrario, la sentencia de instancia realiza un cómputo del plazo para la interposición del recurso de reposición que resulta enteramente acorde con la jurisprudencia de esta Sala.

Así, la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2008, en la que se reitera la interpretación contenida en sentencia de 9 de mayo de 2008, hace las siguientes consideraciones:



«Es reiteradísima la doctrina de esta Sala sobre los plazos señalados por meses que se computan de fecha a fecha, iniciándose el cómputo del plazo al día siguiente de la notificación o publicación del acto, pero siendo la del vencimiento la del día correlativo mensual al de la notificación (...).

Por todas citaremos la Sentencia de 8 de marzo de 2006 donde decimos: “...acogiéndose la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 15 de diciembre de 2005 que expone cual es la finalidad de la reforma del artículo 48.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero y resume la jurisprudencia de esta Sala sobre la materia en los siguientes términos: “La reforma legislativa de 1999 tuvo el designio expreso puesto de relieve en el Curso de los debates parlamentarios que condujeron a su aprobación de unificar, en materia de plazos, el cómputo de los administrativos a los que se refiere el artículo 48.2 de la Ley 30/1992 con los jurisdiccionales regulados por el artículo 46.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en cuanto al día inicial o días a quo: en ambas normas se establece que los “meses” se cuentan o computan desde (o “a partir de”) el día siguiente al de la notificación del acto o publicación de la disposición. En ambas normas se omite, paralelamente, la expresión de que el cómputo de dichos meses haya de ser realizado “de fecha a fecha”.

Esta omisión, sin embargo, no significa que para la determinación del día final o días ad quem pueda acogerse la tesis de la adora. Por el contrario, sigue siendo aplicable la doctrina unánime de que el cómputo termina el mismo día (hábil) correspondiente del mes siguiente. En nuestro caso, notificada la resolución el 17 de enero y siendo hábil el 17 de febrero, éste era precisamente el último día del plazo. La doctrina sigue siendo aplicable, decimos, porque la regla “de fecha a fecha” subsiste como principio general del cómputo de los plazos que se cuentan por meses, a los efectos de determinar cuál sea el último día de dichos plazos.

Sin necesidad de reiterar en extenso el estudio de la doctrina jurisprudencial y las citas que se hacen en las sentencias de 25 de noviembre de 2003, 2 de diciembre de 2003 y 15 de junio de 2004, sobre el cómputo de este tipo de plazos, cuya conclusión coincide con la que acabamos de exponer (...).

(STS de 17 de enero de 2011. Sala 3ª. Secc. 5ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr Calvo Rojas. Ar. 80).

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

### CAUSA EXPROPIANDI

El TS recuerda que a partir de la sentencia de la Sala 3ª de 21 de mayo de 2003, la utilidad pública o el interés social constitutivos de la causa expropiación-

di, han de expresar no la finalidad inmediata (incorporación de los terrenos reservados al Patrimonio Municipal del Suelo) sino la finalidad mediata, esto es el concreto destino a viviendas protegidas u otros usos sociales.

«El lema esencial de litis se circunscribe a si, como sostienen las partes recurrentes, no hay “causa expropiandi”. Así lo denuncia la Urbanizadora Santo Domingo, SL, en su motivo casacional único y las Sras. Elvira Zaida en sus motivos casacionales segundo y tercero.

Es incuestionable que sin declaración legal de utilidad pública e interés social, constitutiva de la causa expropiandi, no hay un procedimiento válido expropiatorio. La causa expropiandi, en términos del artículo 33 de la Constitución y del artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, constituye el elemento legitimador de toda expropiación. Innecesaria es la cita, por conocida por todos, de la doctrina jurisprudencial al respecto.

Sostienen las partes recurrentes en casación la alegada inexistencia de “causa expropiandi” en que el Pan Especial de Reserva de Suelo Público que nos ocupa, y en el que encuentra amparo legitimador el expediente expropiatorio seguido, no define el objeto o finalidad perseguido. Argumenta la defensa de Urbanizadora Santo Domingo, SL, *“que la referencia en la memoria del Plan a “propiciar la implantación de un complejo metropolitano de actividades lúdicas de carácter terciario recreativo de grandes dimensiones en la ciudad de Alicante” no especifica la finalidad o destino de la reserva de suelo y que nada hay que la justifique”*. Por ello afirma la falta de “causa expropiandi”, negando que el artículo 99 de la Ley autonómica 6/94 faculte para expropiar suelo con la finalidad de ampliar los patrimonios públicos de la Generalitat, con independencia del fin a que luego se vayan a destinar los bienes expropiados. Añade que es exigible el establecer una finalidad concreta del uso al que se destinarán los terrenos expropiados, sin que valga la genérica, abstracta y vaga referencia a un gran complejo metropolitano de carácter lúdico, que a la postre los terrenos expropiados se destinaron a la instalación de unos estudios cinematográficos, a los que niega la consideración de complejo lúdico-recreativo y un interés social. Aduce además la impropiedad valoración de los terrenos como mero suelo no urbanizable sin tener en cuenta el aprovechamiento urbanístico que se les asigna con la actuación, alegando discriminación con relación al tratamiento dado a los propietarios de terrenos afectados con ocasión de las expropiaciones para la construcción de los Parques Terra Mítica y Port Aventura.

Por su parte, la defensa de las Sras. Zaida Elvira critica que la sentencia confunda y distorsione de forma grave lo que debe entenderse por interés social y utilidad pública “al considerar” dice “que los particulares también realizan funciones y actividades que pueden considerarse de interés general”, y

con análogos razonamientos a los de Urbanizadora Santo Domingo, SL, cuestiona la falta de concreción de un interés social.

Con relación a los argumentos de Urbanizadora Santo Domingo, SL, es oportuno recordar, siguiendo la sentencia dictada por esta Sala el 21 de mayo de 2003 resolutoria del recurso de casación núm. 1063/99, en la que el lema esencial de debate era la impugnación de la delimitación de reserva de terrenos en suelo no urbanizable con destino al Patrimonio Municipal del Suelo, que *“la expresión de los fines a que se van a destinar los suelos sujetos a reserva, es decir, de los concretos y específicos usos que se tienen previstos para ellos (v. g. qué usos concretos de interés social se persiguen o qué magnitudes de viviendas protegidas se ejecutarán) no es algo inocuo”*.

Razona la sentencia de referencia que no es algo inocuo *“porque el TRLS de 1982 dispone que la delimitación de un terreno como de reserva para los expresados fines implicará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios”*, para a continuación afirmar lo siguiente:

*“Esta disposición sólo tiene sentido si el acto de reseña expresa una concreta finalidad protegida por la Ley que no sea la mera adscripción al Patrimonio Municipal del Suelo. La protección del derecho de propiedad así lo exige, imponiendo, como dice la sentencia de instancia, la necesaria especificación de la «causa expropiandi», como forma de garantizar a los propietarios que su suelo será expropiado para concretas fines y también para garantizarles la tutela judicial mediante el efectivo control judicial.*

*La devaluación del requisito de la expresión de los fines concretos de la reserva puede propiciar abusos manifiestos, como siempre que se relaja la necesidad de la motivación. Sin que afirmemos que este sea un caso abusivo, aquí se hace una reserva de 1.397.0311 metros cuadrados sin que se sepa en concreto a qué finalidades van a ser destinados, qué fines sociales se anuncian y cuántos y cuáles previsiones de viviendas protegidas se vaticinan. Si este requisito no se exige el PMS podría convertirse, en contra de la naturaleza y finalidad que le imponen los artículos 276 y 280.1 del Texto Refundido de 1992, en un mero procedimiento municipal de adquisición de suelo, al margen de cualquier finalidad específica.*

*Es cierto que la adquisición de estos terrenos por el Ayuntamiento no es obligatoria, porque el artículo 278.1 del TRLS de 1992 habla de «posible adquisición», de forma que la reserva no significa que vaya a ser seguida necesariamente de la adquisición. Pero ni siquiera esta consideración puede conducir a que se prescinda en el acto de la reserva de toda referencia seria y razonable sobre el destino hipotético concreto de los bienes, pues de otra forma podría desnaturalizarse, como decimos, la propia figura del PMS”*.

La doctrina recogida en la sentencia de mención y que supuso, como expresamente se indica en ella, un cambio de criterio con respecto a sentencias anteriores en las que se entendió que es suficiente expresar la finalidad inmediata, a saber, la incorporación de los terrenos reservados al patrimonio Municipal del Suelo, y no la mediata, esto es, el futuro destino a vivien-

das de protección o usos sociales, es de incuestionable aplicación al caso de autos, en el que la urbanizadora recurrente cuestiona la indefinición del uso o destino de la reserva que asegura el Plan Especial. La circunstancia de que en la sentencia de referencia se contemple la adquisición de terreno por el Ayuntamiento y en el caso enjuiciado lo sea por la Administración autonómica al amparo del artículo 99 de la Ley Valenciana, no es obstáculo a la aplicación de la doctrina expresada en aquella sentencia.

Pues bien, en aplicación de la doctrina de mención, necesariamente debemos expresar en primer lugar nuestra discrepancia con el Tribunal de instancia cuando refiere en su fundamento de derecho segundo, siguiendo sentencia anterior de la propia Sala de 9 de diciembre de 2002 que *“la constitución y ampliación de patrimonios públicos del suelo ya sería premisa legitimadora de la expropiación forzosa”*. Es claro que con tal razonar pone de manifiesto que sigue el criterio anterior a la sentencia de 21 de mayo de 2003 que se conformaba con la expresión de la finalidad inmediata (incorporación de los terrenos reservados al Patrimonio Municipal del Suelo) en consideración a que la mediata (el futuro destino a viviendas protegidas y otros usos sociales), ya estaba dispuesta en la Ley y cualquier desviación era susceptible de discutirse en otro pleito.

Sin duda, la expresión de los concretos usos a los que se van a dedicar los terrenos constituye una exigencia en garantía de los ciudadanos frente a abusos cuya constatación no debe posponerse, con los sacrificios que ello supone, a otro pleito, cuando no hay una concreción seria y razonable en la declaración de la *“causa expropriandi”* de la finalidad perseguida.

Siendo el expuesto el criterio que este Tribunal mantiene y que determina necesariamente casar la sentencia de instancia, el tema de litis se traslada a una cuestión muy concreta, a saber, si la referencia en la Memoria del Plan Especial impugnado a propiciar la implantación de un complejo metropolitano de actividades Indicas de carácter terciario recreativo de grandes dimensiones en la ciudad de Alicante, única realmente facilitada para conocer lo proyectado, es suficiente para entender que sí se da cumplimiento a la exteriorización de lo que hemos denominado, siguiendo la sentencia de 21 de mayo de 2003, la finalidad mediata. La respuesta debe ser negativa. El texto de referencia es un ejemplo paradigmático de indeterminación, de vaguedad extrema, en cuanto no permite conocer la concreta finalidad de usos que justifica la expropiación.

La motivación expresada en la Memoria del Plan Especial no cumple la exigencia de concretar la finalidad. La referencia a un complejo con las características que se expresan en la Memoria del Plan Especial impugnado adolece de una mínima especificación que permita conocer lo que se proyecta, con la consiguiente indefensión. Pensemos, y valga solo a título de ejemplo,

las dificultades que la indefinición supone para el ejercicio del derecho de reversión por cambio de uso.

Y si la impugnación de Urbanizadora Santo Domingo, SL, por lo precedentemente expuesto, debe acogerse con respecto a todos los actos recurridos, en cuanto la inexistencia de la “causa expropiandi” residenciada en el Plan Especial acarrea la nulidad de las posteriores y sucesivos actos expropiatorios, igual solución debe darse a la impugnación de las Sras. Elvira Zaida, quienes en sus motivos segundo y tercero también denuncian la indefinición.

Recordemos que es jurisprudencia constante de esta Sala que la nulidad de la declaración de utilidad pública arrastra consigo todo lo actuado posteriormente en el procedimiento expropiatorio. Véanse, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 24 de julio de 2001, 29 de octubre de 2002 ó 16 de enero de 2003, citadas en la de 10 de noviembre (recurso de casación 2139/2007).

Resta indicar que los términos en que han sido formulados los pedimentos de las demandas limita el pronunciamiento de este Tribunal a declarar la nulidad de los actos recurridos».

*(STS de 4 de febrero de 2011. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Trillo Alonso. Ar. 606).*

### XIII. FUENTES

#### ESTUDIO DE DETALLE

La naturaleza de disposición de carácter general impide aplicar a los Estudios de Detalle, el procedimiento de declaración de lesividad previsto para los actos administrativos anulables.

«Completamente distinta es la suerte que debe correr el segundo motivo de casación esgrimido, en el que se asegura que el Tribunal *a quo* ha infringido, por indebida interpretación y aplicación, lo establecido en el artículo 103 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999 ya que, efectivamente, como sostiene la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, el procedimiento establecido en el indicado precepto contempla exclusivamente un procedimiento encaminado a *la anulación de actos anulables conforme o lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/1992*, y, por tanto, no es aplicable a las disposiciones de carácter general, cual es un Estudio de Detalle, aprobado definitivamente el 17 de mayo de 1999 por el Pleno del Ayuntamiento

ahora recurrente, de lo que se dio puntual cuenta a la Administración autonómica demandante en la instancia, quien ni usó el procedimiento previsto en el artículo 65 de la Ley de Bases de Régimen Local ni lo impugnó en plazo ante la Jurisdicción, sino que, transcurridos varios años, acudió ante el propio Ayuntamiento interesándole que tramitase un procedimiento de declaración de lesividad de actos anulables, contemplado en el mentado artículo 103 de la Ley 30/1992, lo que, a todas luces, es improcedente, porque el Estudio de Detalle es una disposición de carácter general (puede ser impugnada directamente en sede judicial dentro del plazo establecido en el artículo 46 de la Ley de esta Jurisdicción o, de forma indirecta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la misma Ley).

Es cierto que el artículo 102.2 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, establece que, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano de la Comunidad Autónoma si lo hubiese, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2 de la propia Ley, pero, como se recoge en la Exposición de Motivos de la referida Ley 4/1999 y ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 29 de diciembre de 1999 (recurso contencioso 344/1997), 12 de julio de 2006, 16 de noviembre de 2006, 22 de noviembre de 2006, 22 de noviembre de 2006, 28 de diciembre de 2006 y 25 de mayo de 2010, la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas no opera, en ningún caso, como acción de nulidad.

Debiera ser o haber sido, por tanto, el propio Ayuntamiento, ahora recurrente, quien aprobó definitivamente el cuestionado Estudio de Detalle contrario al ordenamiento jurídico de Carreteras del Estado por no respetar las distancias que éste establece, el que debería haber promovido ese procedimiento de revisión de oficio de una disposición general que vulnera la ley u otra disposición administrativa de rango superior, o bien la propia Administración autonómica haber impugnado dicho Estudio de Detalle en sede jurisdiccional, o impugnarlo de forma indirecta, al combatirse en esta vía judicial cualquier acto de aplicación de aquel, pero lo que no cabe es utilizar el procedimiento previsto en el artículo 103 de la Ley 30/1992, que, como con toda corrección apunta la representación procesal del Ayuntamiento, está previsto legalmente sólo para la declaración de lesividad de *actos anulables* conforme al artículo 63 de la misma Ley a fin de proceder a su ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, razones todas por las que el segundo motivo de casación alegado debe ser estimado.

*(STS de 16 de febrero de 2011. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 1511).*

## XIV. HACIENDA PÚBLICA

### INGRESOS DE DERECHO PÚBLICO

Lo determinante de que las cuotas sean ingresos de Derecho Público, es que la relación que da origen al ingreso es de naturaleza pública, siendo una prestación patrimonial de carácter público.

«Delimitado el objeto del proceso a los preceptos del Real Decreto que declaran que las cuotas liquidadas por CORES a sus miembros tendrán la naturaleza de ingresos de derecho privado y su impago será reclamado en la jurisdicción civil, hemos de analizar separadamente cada una de estas cuestiones, esto es, primeramente, el precepto que declara que los ingresos por cuotas han de considerarse de naturaleza privada, para después examinar el precepto que declara la competencia de la jurisdicción civil para su reclamación. Pues bien, la cuestión referida a la naturaleza de las cuotas liquidadas por CORES a sus miembros ha sido resuelta ya en la Sentencia de esta Sala Tercera a la que antes hemos mención, de la que hemos transcrito la fundamentación jurídica que aborda esta cuestión. Se decía en aquella ocasión con unos extensos y sólidos razonamientos, que ahora sintetizamos, que atendiendo a la regulación legal de los costes previstos por CORES –tanto los que generan la constitución, almacenamiento y conservación de las existencias estratégicas de cada grupo así como el coste de de las demás actividades– y fundamentalmente, tomando en consideración que la obligación nace de la Ley y no en virtud de un contrato entre las partes y con arreglo a la doctrina de la STC 185/90, las cuotas debían calificarse como ingresos de Derecho Público. Las razones entonces expuestas y la referida declaración sobre la naturaleza pública de los ingresos, que también asumimos ahora, son admitidas también en la Sentencia de la Sala Primera que parte de dicha consideración (apartado A) del fundamento jurídico tercero).

Así pues, habiendo mantenido esta Sala que la obligación de financiar los costes previstos por CORES, a los que ahora se refiere el artículo 25 del Real Decreto impugnado, se configura como una prestación patrimonial que se impone al sector petrolero, encuadrada en el artículo 31.3 CE, esto es, como ingreso público, la declaración contenida en el artículo 3 del Real Decreto impugnado que, contra lo expresamente declarado en nuestros pronunciamientos las califica, sin ningún apoyo jurídico válido, como ingresos de derecho privado, no resulta ajustada a derecho. No cabe admitir la inclusión de dicha calificación en el precepto del Real Decreto que ahora se cuestiona pues, como indicamos, contradice frontalmente nuestra jurisprudencia en la que manejamos las pautas y criterios que la jurisper-

dencia constitucional ha establecido para la caracterización de los ingresos públicos o privados, siendo, por lo demás, relevante –y esencial a estos efectos– la naturaleza pública de la relación que da origen al ingreso.

La argumentación opuesta por el Abogado del Estado se sustenta en esencia en tres razones; en la mención apuntada en el artículo 52 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos y en el artículo 22 del Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio, que configura el régimen jurídico de CORES –en su redacción original y en la vigente– en el sentido de que esta entidad actúa en la totalidad de sus actividades en régimen de derecho privado; en la inexistencia de norma alguna que defina los ingresos de CORES como públicos, y en la ausencia de la normativa específica que incluya la expresa referencia al procedimiento de apremio para el cobro de sus ingresos.

Ninguno de los expuestos argumentos modifica la anterior conclusión sobre el carácter público de los ingresos de CORES. Es indiferente, a los efectos debatidos, que no exista una definición normativa de la naturaleza de los ingresos –salvo el precepto analizado– pues, con independencia de su configuración formal, aquella ha de determinarse en atención a sus aspectos sustantivos con arreglo a la norma constitucional (artículo 31.3 CE) y a los criterios, y pautas generales admitidos e interpretados por la jurisprudencia de esta Sala y la jurisprudencia constitucional (por todas STC 185/1995, de 14 de diciembre). Por lo demás, como ya se dijo en la Sentencia de esta Sala Tercera, la circunstancia de que la norma no contemple el acceso al apremio para el cobro de las cuotas no es decisiva para su consideración como ingreso privado, pues –como luego se dirá– tal silencio no impide que al tratarse de un mecanismo de ejecución de las prestaciones públicas, el apremio pueda derivarse como un elemento propio del procedimiento de ejecución de este tipo de prestaciones. Y tampoco la declaración de que la Corporación Derecho Público, CORES, a la que se le conceden poderes de intervención propios de un ente instrumental del Estado para el ejercicio de una importante función pública, actúa en régimen de derecho privado altera el carácter de las cuotas, pues dicha manifestación se refiere a lo que constituye el tráfico general de dicha Corporación, pero no llega a alcanzar a la determinación de la naturaleza de las cuotas debatidas.

Las anteriores consideraciones nos llevan pues, a declarar la nulidad del artículo tercero del Real Decreto 1766/ 2007, de 28 de diciembre, que modifica el apartado cuarto del artículo 25 del Real Decreto 1716/2004 impugnado, en cuanto declara que “las cuotas referidas en los apañados anteriores tendrán la naturaleza de ingresos privados”.»

*(STS de 1 de febrero de 2011. Sala 3ª, Secc. 3ª. F.D. 4ª. Magistrada Ponente Sra. Perelló Doménech. Ar. 1373).*



## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVA

### MEDIDAS CAUTELARES

El TS recuerda el marco normativo de aplicación de las medidas cautelares, en el que es preciso subsumir las circunstancias y situaciones de conflicto, en cada caso concreto.

«El examen de los motivos alegados pasa por hacer, en primer lugar, una consideración general sobre el mareo normativo de aplicación, pues los preceptos de aplicación son efectivamente las normas cuya infracción se aduce, y luego, en segundo lugar, procederá subsumir el caso examinado en tal orden normativo.

Las medidas cautelares, con carácter general, están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación del mismo. Dicho en términos legales, estas medidas pretenden “asegurar la efectividad de la sentencia” (artículo 129 de la LJCA). Con tal propósito, el riesgo derivado de la duración del proceso, el “*periculum in mora*”, se erige, en el artículo 130 de la citada Ley Jurisdiccional, como uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar, al tener que tomar en consideración, en la decisión cautelar, que “*La ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*”. La medida cautelar, por tanto, intenta salvaguardar que la futura sentencia pueda ser cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles.

El criterio de la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, por su parte, es, en este sentido, adicional o suplementario al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, como señala la Sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2003 destacando que «El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “*al juzgar sobre la procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego*”».

Debe subrayarse, a estos efectos, que la decisión cautelar ha de ponderar la medida en que el interés público demanda la ejecución, para adoptar la suspensión en función de la intensidad de los intereses públicos concurrentes. En esta operación jurídica en virtud de la cual se valoran, sopesan y ponderan los intereses en juego comprende tanto los intereses públicos como los de carácter privado, así como el contraste entre los diversos intereses públicos

concurrentes, como acontece en el caso examinado en el que ambas Administraciones, autonómica y local, invocan intereses públicos que confluyen sobre esa misma realidad física.»

*(STS de 14 de enero de 2011. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 3º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella. Ar. 76).*

## XVI. MEDIO AMBIENTE

### DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La omisión de la declaración de impacto ambiental y la omisión del trámite preceptivo de consulta previa a la Comunidad Europea, son causa de nulidad de las actuaciones administrativas.

«El primer motivo de tasación debe ser rechazado. Consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación adecuada del artículo 6.4 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establece medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, que se revela conforme a los objetivos de protección del medio ambiente que enuncia el artículo 45 de la Constitución, que se proyecta en la exigencia de respeto al procedimiento medioambiental, en cuanto sostiene que la Comunidad de Madrid omitió, en el procedimiento de aprobación del proyecto de “Duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey”, un trámite sustancial consistente en realizar una consulta previa a la Comisión Europea sobre la idoneidad de realizar el referido proyecto desde la perspectiva medioambiental, a los efectos de que preste su asentimiento, que estimamos que era preceptivo en este supuesto, en la medida que afectaba a un lugar significado por su elevado valor ecológico, integrado por hábitats naturales y clasificado de Zona de Especial Protección de las Aves, donde habitan especies prioritarias como el águila imperial.

En efecto, compartimos el criterio de la Sala de instancia de que en el artículo 6.4 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, cabe distinguir dos supuestos diferenciados respecto del cumplimiento del deber de información a la Comisión Europea, a los efectos de que sea autorizado un proyecto que incida negativamente sobre zonas especiales de conservación. El primer supuesto contemplado en la norma comunitaria europea se refiere a que deban adoptarse medidas compensato-

rias apropiadas para garantizar la coherencia global medioambiental, en cuyo caso, se deben comunicar a las autoridades comunitarias. El segundo supuesto es el relativo a cuando se trate de lugares cualificados por albergar un tipo de hábitat natural prioritario y/o una especie prioritaria, en que es necesaria la previa consulta a la Comisión Europea si se aducen «otras razones imperiosas de interés público de primer orden», que no versen sobre circunstancias relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente.

Y de ello, se desprende la conclusión jurídica de que en el supuesto enjuiciado, en razón de las características medioambientales específicas del lugar donde se proyecta la actuación pública, que alberga tipos de hábitats naturales prioritarios y especies prioritarias, no era posible que el Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobase el proyecto de “Duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey”, sin su sometimiento a la previa consulta de la Comisión Europea, en cumplimiento del referido artículo 6.4 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

Asimismo, consideramos que la decisión de la Sala de instancia es plenamente congruente con la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 29 de noviembre de 2006, que determina el alcance de la exigencia de especial motivación y de la obligación de consulta previa a la Comisión Europea, diferenciada de la simple obligación de información de las medidas compensatorias, según lo dispuesto en el artículo 6.4 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, imponiendo el cumplimiento de estos requisitos formales cuando concurran las siguientes circunstancias:

«a) La existencia de conclusiones negativas en la previa evaluación del plan o proyecto (párrafo 1º) –circunstancia que por sí solo obliga, como sabemos, a la adopción de medidas compensatorias y a informar de ellas a la Comisión Europea–;

b) Que se trate de un lugar que albergue algún tipo de hábitat natural o alguna especie calificadas de prioritarios (párrafo 2º); y que,

c) No obstante ello, las razones que se aleguen para la autorización tengan la consideración de “razones imperiosas de interés público de primer orden”».

En este sentido, apreciamos que la doctrina jurisprudencial expuesta, resulta plenamente aplicable al caso enjuiciado en este proceso, pues la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto originario fue negativa, el lugar

considerado posee un alto valor ecológico al estar integrado por múltiples hábitats y declarado Zona de Especial Protección para las Aves, y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 21 de julio de 2005, está fundamentado, exclusivamente, en razones imperiosas de seguridad vial.

Asimismo, constatamos que la sentencia recurrida se revela acorde con el principio de interpretación del ordenamiento estatal conforme al Derecho de la Unión Europea, pues el pronunciamiento referido a la exigencia de consulta previa a la Comisión Europea se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia expuesta en las sentencias de 2 de agosto de 1993, 7 de septiembre de 2004 y de 26 de octubre de 2006, que refieren que el artículo 6 de la Directiva 92/43, establece un procedimiento de evaluación medioambiental destinado a garantizar, con la ayuda de un control previo, que únicamente se autorice un plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a este último, y, en cuanto a los lugares que pueden clasificarse como lugares de importancia comunitaria, que figuran en las listas nacionales remitidas a la Comisión, y, en especial, a los lugares en los que existen tipos de hábitats naturales prioritarios o especies prioritarias los Estados miembros están obligados a adoptar, en virtud de la Directiva, medidas de protección apropiadas, visto el objetivo de conservación perseguido por la Directiva, para proteger el inicios ecológicos pertinente que dichos lugares tienen a nivel nacional.

Por ello, cabe rechazar el argumento casacional que formula el Letrado de la Comunidad de Madrid, consistente en que no era necesario someter el proyecto de duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey, a la previa consulta de la Comisión Europea, pues se basa «en razones patentes de salud humana y de seguridad pública, valores entre los cuales se encuentra la seguridad vial», ya que la equiparación que se postula entre seguridad del tráfico y seguridad pública no está avalada por lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 92A13/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, ni, consecuentemente, por el artículo 6.4 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establece medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico interno parte de la referida Directiva, en la medida en que no cabe sostener una interpretación flexible de las garantías jurídicas de protección de los hábitats naturales prioritarios o especies prioritarias, entre las que se incluye la obligación de previa consulta a la Comisión Europea, que contradiga los objetivos que informan el Derecho Europeo

medioambiental, de garantizar el mantenimiento, o en su caso, el restablecimiento de aquellos hábitats naturales y especies calificados de prioritarios en un estado de conservación favorable y con carácter permanente para proteger su elevado valor ecológico.

El segundo motivo de casación debe ser desestimado, pues consideramos que la Sala de instancia no ha incurrido en error de Derecho al declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 21 de julio de 2005, en cuanto que no ha realizado una interpretación extensiva, extravagante o irrazonable del presupuesto de «prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido» a que alude el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al apreciar la concurrencia de vicios procedimentales de carácter sustancial por la inexistencia de Declaración de Impacto Ambiental y la omisión del preceptivo trámite de consulta previa a la Comisión Europea, exigióles en este supuesto, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la compensación que los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y en el artículo 6 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establece medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

En efecto, apreciamos que la Sala de instancia no ha desconocido la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que se expone en la sentencia de 31 de marzo de 2009 al declarar que la falta de declaración de impacto ambiental y la omisión del trámite de consulta previa a la Comisión Europea, constituyen causas de nulidad de pleno derecho, a la luz de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debido a la esencial transcendencia y sustantividad de dichos trámites, que imposibilitan el control de la Comisión Europea sobre la incidencia medioambiental del proyecto, y cuyo incumplimiento impide al Gobierno de la Comunidad de Madrid comitente adoptar legítimamente, desde la perspectiva medioambiental, la decisión de autorizar el proyecto de “Duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey”.

En último término, cabe significar que la Decisión de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2007, que acepta los compromisos del Gobierno de la Comunidad de Madrid de ajustar el proyecto a las exigencias derivadas de la legislación comunitaria y, concretamente, a una única evaluación de impacto ambiental, que per-

mita subsanar los vicios procedimentales que constituyen el fundamento del fallo de la sentencia recurrida, no hacen perder, sin embargo, su finalidad legítima al recurso de casación, pues, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, expuesta en la sentencia de 26 de octubre de 2006, es en el momento de adopción de la decisión que autoriza la realización del proyecto cuando no debe subsistir ninguna duda razonable, desde un punto de vista medioambiental, sobre la inexistencia de efectos perjudiciales para la integridad medioambiental del lugar afectado.

Por ello, descartamos que el recurso de casación «haya perdido su utilidad», como propugna el Letrado de la Comunidad de Madrid, en la medida en que mantiene su pretensión de que se case la sentencia recurrida.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los dos motivos de casación admitidos, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Letrada de la COMUNIDAD DE MADRID contra la sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de mayo de 2008 SIC dictada en el recurso contencioso-administrativo 29/2006.

*(STS de 14 de febrero de 2011. Sala 3ª, Sec. 3ª. F.D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat. Ar. 1390).*

## XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA

El trámite de información pública es preceptivo también en el procedimiento de expropiación de urgencia y su omisión ocasiona indefensión a los expropiados, por versar precisamente sobre la relación de bienes cuya ocupación se considera necesaria.

«La cuestión que sustenta el Abogado del Estado en los dos motivos ya fue tratada por esta Sala en numerosas sentencias, pronunciándose sobre la necesidad de un explícito acuerdo.

En la de 10 de noviembre de 2005(sic) –recurso de casación 1754/2006–, seguida por otra de 18 de diciembre de igual año –recurso de casación 4238/2006–, dijimos, y debemos reiterar ahora que: “*En cuanto al trámite de información pública sobre la relación de bienes cuya ocupación se considera necesaria, es verdad que no está expresamente previsto para el procedimiento de urgencia en el art. 52 LEF. No obstante, en vía de desarrollo reglamentario, el art. 56 del REF, tras decir que*

*el acuerdo de ocupación urgente debe hacer referencia a los bienes a ocupar, establece que debe recoger asimismo «el resultado de la información pública en la que por imposición legal o, en su defecto, por plazo de quince días, se haya oído a los afectados por la expropiación de que se trate». Además, esta Sala tiene declarado, en todo caso, que el mencionado trámite de información pública es preceptivo también en el procedimiento de urgencia. Así, entre otras, las sentencias de 29 de octubre de 2002 (RJ 2002, 10186) o de 18 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3270). La razón es que sólo mediante ese trámite específico pueden los afectados hacerse oír sobre la proyectada expropiación de sus fincas. Esto no ocurre, en contra de lo que afirman el Abogado del Estado y la beneficiaria, en los trámites regulados en los arts. 7 y 10.4 de la Ley de Carreteras, que se refieren a las características generales de la carretera proyectada, no a las concretas fincas que se deberán expropiar para su construcción; es decir, esos trámites versan sobre la oportunidad de la obra que justifica la expropiación, no sobre bienes determinados. De aquí que los afectados no puedan por esos trámites defender sus intereses de la misma manera que pueden hacerlo mediante el trámite de información pública del art. 18 LEP, que sí versa sobre la relación de bienes cuya ocupación se considera necesaria. Y algo parecido puede decirse del trámite previsto en el art. 19.2 LEP; permite sólo la corrección de errores del proyecto de obras que lleva aparejada la declaración de necesidad de ocupación, pero no permite alegar nada con respecto a la necesidad de ocupación misma. De aquí que tampoco pueda suplir al trámite del art. 18 LEP. La conclusión de todo ello es que tiene razón la sentencia impugnada al afirmar que, en el presente caso, no sólo se ha omitido un trámite de información pública preceptivo, sino que dicha omisión ha ocasionado indefensión a los expropiados.»*

Pues bien, en aplicación de la expresada doctrina los motivos deben desestimarse.»

*(STS de 18 de febrero de 2011. Sala 3ª, Sec. 6ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Trillo Alonso. Ar. 1232).*

## XX. RESPONSABILIDAD POR APLICACIÓN DE UN REAL DECRETO LEY

Acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado a un particular por la aplicación en una sentencia, de un Real Decreto-Ley posteriormente declarado inconstitucional y nulo.

«A continuación, la Sala aborda la razón de oposición que niega que la invalidación de una norma legal por adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad haya de conllevar por sí misma la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su amparo o la reparación de las desventajas patrimo-

niales ocasionadas bajo su vigencia, considerando que, con ella, lo que se pretende traer a colación es la cuestión de los efectos que ha de producir la declaración de inconstitucionalidad en los procesos en los que se hizo aplicación de la norma inconstitucional así como la de los posibles obstáculos que, para el éxito de la acción indemnizatoria, puedan suponer los pronunciamientos firmes alcanzados en ellos.

Para resolver dicha cuestión, la Sala tiene en cuenta el tenor literal de los artículos 161.1.a) de la Constitución española y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de ellos extrae una primera conclusión, la de que “(...) *la declaración de inconstitucionalidad (con la única y sola excepción que prevé el inciso final de la segunda de esas normas, sólo referida a los procesos penales o contencioso-administrativos de revisión de resoluciones sancionadoras, en los que la inaplicación de la norma inconstitucional determine un efecto beneficioso para aquél o aquellos contra los que se siguieron esos procesos) deja incólume y no menoscaba el valor de cosa juzgada de la sentencia firme cuya razón de decidir y cuyo pronunciamiento se sustentó en la aplicación de la norma luego declarada contraria a la Constitución.*” FD 7º. párrafo cuarto). A continuación, la Sala califica estas normas limitadoras de los efectos propios del régimen general del instituto procesal de la cosa juzgada como restrictivas o limitativas de derechos y de carácter excepcional y, por ello, procede a interpretarlas de un modo estricto y no extensivo, entendiendo así que las mismas disponen que la cosa juzgada ha de alcanzar a las pretensiones invocadas en el proceso ya fenecido pero no a aquellas que sean distintas de las antes deducidas “(...) *bien porque los sean los sujetos frente a los que se piden: bien porque lo sea el “petitum”, esto es, el bien jurídico cuya protección se solicita,* FD 7º. párrafo noveno).

De dicha interpretación, concluye la Sala afirmando que lo ordenado en los artículos 161.1.a) de la Constitución y 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional “(...) *no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución*”. (FD 7º. párrafo décimo), al no existir identidad entre los bienes jurídicos cuya protección se solicita ya que en el proceso fenecido lo era el derecho o derechos derivados, a juicio del recurrente, de una concreta situación o relación jurídica y en el nuevo proceso lo es el de ser indemnizado por los daños ocasionados en su patrimonio por un tercero que no tenía el deber de soportar. Con ello, la Sala mantiene así el criterio reiterado en la controvertida jurisprudencia que iniciaron las ya mencionadas sentencias de 29 de lebrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000 y que, a juicio de la Sala, es el que mejor se ajusta al que rige en materia de ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial contra los listados miembros de la Unión Europea.



Prosigue la Sala afirmando que dicha conclusión es la más adecuada al supuesto enjuiciado ya que la cosa juzgada y la seguridad jurídica no se ven menoscabadas al reconocer la posibilidad de ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial puesto que, por un lado, no existe identidad de partes –la parte contra la que se dirige la pretensión de responsabilidad patrimonial no lo fue en el proceso laboral por despido– y, por otro, el contenido de los derechos y deberes entre el empresario y trabajador despedido, objeto de aquel proceso, no habrá de experimentar modificación alguna.

Llegados a este punto, la Sala analiza si el menoscabo económico alegado por el recurrente reúne los requisitos que legalmente se precisan para que la indemnización sea procedente y de todos ellos –daño electivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupo de personas y antijurídico, en el sentido, éste, de que aquel no tenga el deber jurídico de soportarlo– señala que sólo este último es el que se discute por la Administración demanda, al considerar que ninguna duda existe acerca de la concurrencia de los dos primeros, restándole consistencia, por las razones que expone, a las que pudiera suscitar el tercero de dichos requisitos. Entrando de lleno en la antijuricidad del menoscabo, la Sala aprecia que en estos supuestos en los que “(...) *el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartarse, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño*” FD 10º. párrafo segundo), entendiendo que dicha regla general es la que se desprende de la jurisprudencia iniciada en las sentencias del año 2000 y que no resulta desvirtuada por las sentencias citadas por la Administración demanda en su escrito de contestación a la demanda, al abordar casos distintos.

La conclusión a la que llega la Sala sobre la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño se fortalece con la regulación contenida en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, surgida tras la convalidación del Real Decreto–ley 5/ 2002, ya que la decisión del legislador de derogarlo de modo expreso, reintroduciendo nuevamente la obligación de pago de los salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente en que el empresario optara por la extinción de la relación laboral, equivale a “(...) *desautorización de la supresión que había introducido el RDL por no apreciar el legislador, en suma, que ese interés general o esos criterios u objetivos demandaran en ese momento, ni en el tan inmediatamente anterior en que el RDL fue aprobado, aquella supresión de los salarios de tramitación* FD. 11, párrafo tercero).

Por otro lado, descarta la Sala que la Disposición transitoria primera de dicha Ley 15/2002, genere el efecto de sanar la antijuridicidad del daño ya que “(...) *la posterior declaración de inconstitucionalidad y nulidad del RDL origina para éste, a falta o en ausencia de un pronunciamiento de signo contrario que se contuviera en la sentencia constitucional, una invalidez con efectos ex tunc, que la retrotraen al momento mismo en que entró en vigor. Y además, porque si aquella decisión del legislador es equiparable a nuestro juicio a una desautorización de la supresión introducida por el RDL, ello conduce o debe conducir a ceñir el significado y trascendencia de aquella Disposición transitoria al propio de las de su naturaleza, esto es, a fijar los efectos de la sucesión temporal de normas, pero no a atribuirle después de declarada la inconstitucionalidad y nulidad de la norma precedente un efecto equivalente a dotar de juridicidad un daño que como regla general o de principio es antijurídico*” (FD 12. párrafo segundo).

Por último, la Sala, antes de entrar a valorar la concreta cantidad que ha de reconocerse en concepto de indemnización, rechaza que el hecho de que la sentencia que puso fin al proceso laboral por despido no reconociera al trabajador la cantidad denominada salarios de tramitación tenga virtualidad para eliminar la relación causal existente entre la norma inconstitucional y la lesión cuya reparación se pretende, ya que dicha falta de reconocimiento fue consecuencia de la aplicación del entonces vigente Real Decreto-ley.»

*(STS de 8 de febrero de 2011. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 623).*

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

### PLAN ESPECIAL

Se declara la nulidad del Plan Especial de sistema general y centro de transportes intermodal de mercancías de Córdoba, por omisión del preceptivo Estudio Económico-Financiero.

«En el tercer motivo, por el mismo cauce del art. 88.1 d) LRJCA, se denuncia vulneración del artículo 77 del citado Reglamento de Planeamiento.

El motivo insiste en que el Capítulo de la Memoria del Plan titulado “*Evaluación Económica de la actuación*” no puede hacer las veces del estudio económico-financiero, porque debe ser un documento separado conforme al art. 77 RP y –realizándose el Plan Especial por expropiación– mal puede evaluarse la viabilidad económica del Plan Especial cuando no se incluye una partida de gasto tan importante como el coste de expropiación de terrenos situados en un lugar de gran valor de Córdoba.

El motivo está bien fundado y debe prosperar. La sentencia recurrida considera aplicable al caso el artículo 77 del Reglamento de planeamiento estatal que invoca la recurrente y así resulta –en efecto– del juego de los artículos 14.4 y 19.1 de la LOUA.

En tal estado de cosas no es posible compartir que las partidas de evaluación económica de la actuación, a las que se reduce la evaluación económica que consta en la Memoria, cumplan la función de asegurar la viabilidad económica del planeamiento que corresponde al *Estudio económico-financiero*. El contrarecurso del Ayuntamiento de Córdoba ha señalado que el art. 12 de la Ley 5/2001, de 4 de junio, reguladora de las áreas de transportes de mercancías en la Comunidad Autónoma de Andalucía prevé también un programa y estudio económico-financiero. El alegato no es suficiente porque el *Estudio económico-financiero* es un documento que debe constar en el Plan Especial en litigio, como instrumento de planeamiento urbanístico, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, que se va a exponer.

En el caso de planes especiales la jurisprudencia de esta Sala advierte que su documentación debe incluir el *Estudio económico-financiero*. No ha existido ninguna jurisprudencia que haya devaluado la importancia del referido Estudio, entre otras razones, porque el ordenamiento urbanístico no lo permite: La exigencia del Estudio económico financiero –ha dicho, por todas, la Sentencia de esta Sala y Sección de 17 de diciembre de 2009– es inconclusa en las leyes urbanísticas, que lo imponen en los Planes más importantes y en los más modestos.

Así, el artículo 12.4 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico aprobado por Real Decreto 2159/78, de 23 de junio, exige que la documentación de los Planes Directores Territoriales contenga unas bases de carácter técnico y económico, que forman los Programas de Actuación; el artículo 37.5 exige el Estudio Económico Financiero entre la documentación de los Planes Generales; el artículo 57.6 lo impone para los Planes Parciales; el artículo 77.2. g) lo requiere para los Planes Especiales; el artículo 74.1.f) lo establece para los Programas de Actuación Urbanística; únicamente los artículos 95 a 97 del citado Reglamento guardan silencio sobre esta exigencia para las Normas Subsidiarias, que ha sido llenado en sentido positivo por la jurisprudencia (Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1992, 31 de mayo de 2001, 28 de octubre de 2009, 30 de octubre de 2009 y 12 de febrero de 2010).

Tales previsiones del ordenamiento urbanístico han determinado que la jurisprudencia haya requerido, entre la documentación de los Planes, la necesaria previsión del capital exigido por las actuaciones en él previstas y la de sus fuentes de financiación, para concluir que su ausencia vicia el Plan, al convertirlo en mera apariencia, fuente de inseguridad jurídica y de desprestigio normativo.

No es preciso que consten en el Estudio económico financiero las cantidades precisas y concretas cuya inversión sea necesaria para la realización de las inversiones del Plan, pero sí es necesario que se proporcionen cuáles son las indicadas fuentes de financiación con que se puede llevar el Plan a la realidad. No se trata de establecer una documentación económica desvinculada de cualquier finalidad, sino que la misma proporcione la información contable suficiente para saber que lo aprobado en el planeamiento es posible económicamente y que se expresen también los medios para garantizar su ejecución (Sentencias de 17 de septiembre de 2010, 5 de julio de 2010, 18 de diciembre de 2009, 17 de diciembre). En el presente caso el Plan Especial recurrido no contiene un documento independiente de Estudio económico-financiero pero, con independencia de esa insuficiencia formal que podría no ser determinante, resulta que, en lo sustantivo, el folio –único– que se dedica en la Memoria del Plan recurrido a lo que se denomina “*evaluación económica de la actuación*” es claramente insuficiente y no puede ser considerado como equivalente del *Estudio económico-financiero*, conforme al art. 77 RP y a la interpretación que le ha otorgado nuestra jurisprudencia. La citada evaluación económica de la Memoria se reduce a una enumeración desnuda de partidas económicas globales, que resulta ayuna de cualquier indicación de su sentido y de si existen –o no– las fuentes de financiación que posibilitarían su ejecución práctica, así cómo se financiará la obtención de los terrenos mediante la expropiación forzosa. Como señala la parte recurrente, mal puede evaluarse la viabilidad económica del Plan Especial cuando no se incluye una partida de gasto tan importante como el coste de expropiación de los terrenos.

Esta circunstancia nos conduce a la estimación del tercer motivo de casación, que comporta la revocación de la sentencia recurrida y la nulidad del repetido Plan Especial, por falta del *Estudio económico-financiero*.

Procede en su lugar, al resolver conforme a Derecho –ex art. 95.2 LRJCA– rechazar la falta de legitimación opuesta en la instancia y declarar, como declaramos, la nulidad de la resolución de 31 de enero de 2005 de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía que aprueba el Plan Especial de Sistema General SG-CTIN, Centro de Transportes Intermodal “El Higuerón” de Córdoba, así como de la resolución de 15 de abril de 2005 que ordena la publicación de la resolución anterior. Todo ello por la expresada falta, en la documentación del Plan Especial, del “*Estudio Económico Financiero*” que exige el art. 77 RP, en relación con los Arts. 14.4 y 19.1 de la LOUA, vicio del citado Plan Especial que deberá ser subsanado, en caso de que la Administración proceda a una nueva aprobación.»

(STS de 16 de febrero de 2011. Sala 3ª Sec. 5ª. F.D. 4º, 5º y 6º. Magistrado Ponente Sr. Rodríguez-Zapata Pérez. Ar. 1504).

## Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(\*)

### II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Impugnación de acuerdo local por la Administración del Estado. Violación de los topes legales en la aprobación de un presupuesto bajo la excusa de revisión de la valoración de los puestos de trabajo.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo es el el Acuerdo de 8-5-08 adoptado en sesión plenaria del Ayuntamiento de C por el que se aprobó el presupuesto de la Corporación para el año 2008 y la relación de puestos de trabajo de su personal.

La parte demandada, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, con nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

1.- Se ha infringido la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 puesto que el presupuesto municipal para dicho ejercicio ha supuesto un incremento global superior al 2% con respecto a las del año 2007.

2.- La modificación de la RPT infringe el *art. 126 TRRL 781/1986*, al no haberse producido la ampliación de plantilla por alguna de las dos causas citadas en dicho precepto.

La parte actora suplica la estimación de la demanda y la declaración expresa de que el acto administrativo es nulo.

La Administración demandada nada instó, al no contestar la demanda. Y la parte codemandada interesó la desestimación del recurso presentado, fundamentado en que la resolución recurrida es ajustada a derecho.

El *art. 22. 2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado* para el año 2008 estableció que con efectos de 1-1-08, las retribuciones del personal al servicio del sector público, incluidas, en su caso, las diferidas, y las que en concepto de pagas extraordinarias correspondieran en aplicación del *art. 21. 3 de la Ley 42/06, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado* para el año 2007, no podrán experimentar un incremento global superior al 2% con respecto a las del año 2007, en términos de homogeneidad para los dos periodos de la comparación tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo. Esta normativa es de aplicación a las Corporaciones

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

Locales de acuerdo con la letra c del apartado primero del precepto referido.

En el presupuesto municipal para 2008 se han incrementado los gastos de personal en un 33,28%, según informe emitido por el Secretario-interventor del ayuntamiento de Cájjar; aunque en informe posterior obrante a los folios 9-11 del expediente administrativo, informara que el incremento de las retribuciones fue del 5,92 %. Con ello, se constata la infracción de la norma citada anteriormente.

La parte codemandada trata de justificar el incremento en que se arrastraron en el ejercicio de 2007 incrementos de ejercicios anteriores, concretamente de los años 2006 y 2005, con lo que debe compararse el presupuesto para 2008 con no sólo el ejercicio anterior de 2007, sino también con los años 2006 y 2005; y determina que “en el ejercicio 2007 se gastó mucho más que lo que contemplaba el documento contable, pues se aplicaron subidas que provenían de los ejercicio 2005 y 2006, por tanto, valorando el coste real del capítulo I, en el año 2007, no se supera el 2% para el año 2008”. Sin embargo estas consideraciones no pueden ser atendidas porque la comparativa ha de efectuarse entre el ejercicio presupuestario para 2008 y el del año anterior, 2007, en el cual debían estar reflejados todos los incrementos salariales para dicho ejercicio.

Y de igual forma ha de constatar que las elevaciones retributivas con carácter general no pueden escudarse en que se realice una nueva valoración de los puestos de trabajo que incluyan nuevas y más altas retribuciones complementarias, y como precisa la STS de 6-2-1998 la reclasificación de puestos de trabajo o la asignación de productividad no es motivo para superar el tope permitido en las leyes de presupuestos.

Junto a la impugnación del presupuesto se impugna la relación de puestos de trabajo por no dar cumplimiento a los requisitos del *art. 126 TRRL 781/1986*, que impone como circunstancias que posibilitan la creación de nuevos puestos de trabajo o ampliación de plantilla, las siguientes:

Cuando el incremento de gastos quede compensado mediante la reducción de la reducción de otras unidades o capítulos de gastos corrientes no ampliables.

Siempre que el incremento de las dotaciones sea consecuencia del establecimiento o ampliación de servicios de carácter obligatorio que resulten impuestos por disposiciones legales. Y en el presente caso, ninguna de estas circunstancias concurren para determinar la validez de la ampliación de la plantilla, sin que se justifique el aumento poblacional del municipio como elemento determinante para el aumento de la plantilla del ente local.

*(St. de 3 de enero de 2011. Sala de Granada. Ponente M<sup>a</sup> Luisa Martín Morales)*

#### IV. BIENES PÚBLICOS

Aprovechamientos de aguas previos a la Ley de 2 de agosto d 1985. Respeto a los derechos preexistentes.

Se impugna resolución de 28 de septiembre de 2009, del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra resolución de 16 de marzo de 2006, en expediente num 000, que acuerda incluir el aprovechamiento pretendido en el Catálogo de Aguas Privadas, con un volumen total de 162.000 m<sup>3</sup>/año. En el régimen transitorio de la *Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985*, los titulares de aprovechamientos de aguas privadas procedentes de manantiales, pozos o galerías, según la legislación anterior a la Ley de Aguas, pueden optar entre el aprovechamiento temporal de los mismos durante 50 años, solicitando en el plazo de tres años contados desde la entrada en vigor de dicha Ley, la inscripción en el Registro, de Aguas, supuesto, en el que transcurrido dicho plazo tiene un derecho preferente a la concesión, de aguas privadas, que pasan a ser un bien demanial, o conservar la propiedad privada de las mismas solicitando la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas con opción de mantener la titularidad del aprovechamiento como venía realizándose, supuesto en el que no gozan de la protección del Organismo de Cuenca. En este caso se mantienen sus derechos en los mismos términos que regían con anterioridad a la aprobación de la Ley de Aguas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988 de 29 de noviembre declaró que la Ley de Aguas no desconoce los derechos de naturaleza privada preexistentes a la misma y que el hecho que las disposiciones transitorias permitan a los interesados mantener la titularidad de sus derechos “en la misma forma que hasta ahora” significa que se respeten íntegramente con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material que hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley se han venido disfrutando aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundaría, es decir en la medida que forman parte del patrimonio de su titular.

En definitiva la Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo y utilidad real de los mismos.

En la demanda se expone que la cuestión litigiosa es la impugnación de la dotación asignada al aprovechamiento por el Organismo de Cuenca, que no se corresponde a lo que realmente se estaba utilizando con anterioridad al 1 de enero de 1986. Según la resolución que desestima el recurso de reposición, como no se había acreditado por la interesada la dotación usada antes de aquella fecha, se aplica la Orden de 13 de agosto de 1999 por la que se dispone la publicación de las determinaciones de contenido norma-

tivo del Plan Hidrológico de Cuenca del Guadalquivir, aprobado por el *Real Decreto 1664/1998*. Es decir, se fija un caudal teórico, no real en función del recurso empleado.

Frente a ello, y siguiendo las alegaciones de la demanda, se aprecia que en la solicitud de inscripción de 1988 se hizo constar un sistema de riego, toberas y goteo, que emplea gran volumen de agua, el riego de una superficie de 90 hectáreas, un aforo de 11 y 25 litros por segundo respectivamente en los dos pozos del aprovechamiento, y la existencia de una potencia de los motores de los pozos de 40 y 150 CV. Datos todos ellos que, según la demanda, apuntan a unos consumos superiores a los reconocidos. En el acta del reconocimiento realizado en 2005, se consigna expresamente la veracidad y persistencia de los datos de superficie regada, sistema de riego y potencia de los motores, sin recoger otros datos de aforo. Si bien la prueba no es contundente en cuanto al caudal utilizado, con su apreciación conjunta tampoco puede negarse que el riego de las hectáreas reconocidas con los elementos existentes utilizaba un caudal distinto al reconocido de forma teórica por la Administración. Éste caudal resultaba de los datos comprobados de la solicitud de inscripción. Por lo que era improcedente atribuir un caudal teórico. Debiéndose tener por acreditado, a falta de otros datos que lo contradigan, el volumen de consumo pretendido que se desglosó en el recurso de la demandante. Por todo ello entendemos que se dan los requisitos legales para estimar la demanda y modificar la inscripción en los términos solicitados en el suplico.

*(St. De 13 de enero de 201. Sala de Sevilla. Ponente Gabaldón Codesido)*

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Acto administrativo. Medios de Prueba. Extranjería. Solo el certificado de empadronamiento prueba la presencia en territorio nacional (conforme a otras Sentencias del Pleno de esta Sala).

La resolución por la que se deniega la solicitud de autorizaciones presentadas a favor de la aquí actora se funda en que la actora no presenta certificado de empadronamiento o alta por omisión acompañada de alguno de los documentos públicos relacionados en la Resolución conjunta de 14 de abril de 2005, hecha pública por resolución de 15 de abril.

La actora con su solicitud presentó certificación firmada por el Alcalde de B a cuyo tenor, según informe obtenido de agentes de la autoridad, la actora residía en el término desde mayo de 2004. Y, requerida para que apor-



tase certificado de empadronamiento o solicitud de alta amparada por algunos de los documentos mencionados en dicha resolución, la actora se limitó a aportar un nuevo certificado del Alcalde a cuyo tenor la actora estaba empadronada desde el 20 septiembre de 2004 y que, de la información facilitada por el Área de Servicios Sociales, la actora residía desde junio de 2004.

La sentencia apelada tras constatar que, según el certificado, la actora no estaba empadronada en municipio español con fecha anterior al 8 de agosto de 2004 ni presenta siquiera solicitud de alta por misión apoyada en los documentos mencionados en la repetida resolución, entiende que no se cumple el requisito previsto por la disposición transitoria tercera del RD 2393/2004.

La apelante sostiene que, con los documentos presentados, queda acreditado que la apelante se encontraba en el territorio antes de agosto de 2004, que es lo que requiere la disposición transitoria tercera del RD. Sin que haya razón alguna para la restricción de los medios de prueba, ya que los documentos aportados son suficientes para acreditar, mediante una actuación oficial, la estancia en el territorio antes del 8 de agosto de 2004: que es de lo que se trata.

Y es cierto que es muy discutida la cuestión de si el empadronamiento en municipio español es un requisito sustancial o un simple medio de probar la estancia en el territorio español antes del 8 de agosto de 2004, que es cuando se anunció el procedimiento de regularización, y a fin de evitar el “efecto llamada”. Y desde luego, los razonamientos de la apelante son de gran calado y profundidad.

Sin embargo, sobre ello se ha pronunciado el Pleno de esta Sala, en sentencia de dos de noviembre de 2006, en el sentido de que el requisito de empadronamiento es requisito sustancial a tenor de la disposición transitoria tercera del RD 2393/2004, lo que no puede ser suplido por otro medio de prueba de la estancia en el territorio antes del 8 de agosto de 2004. Por lo que por razones de coherencia y de seguridad, a lo dicho hemos de estar.

Por lo demás, el empadronamiento por omisión conforme a la resolución conjunta de 14 de abril de 2005, hecha pública por resolución de quince de abril, no da lugar un empadronamiento con efectos anteriores al 8 de agosto de 2005. Así, como se destaca en el propio texto de la resolución, la fecha de alta no es otra que la fecha de la solicitud, como puede comprobarse en el certificado unido en el expediente.

Es cierto que la Administración competente en materia de Extranjería ha venido admitiendo normalmente los certificados de empadronamientos emitidos conforme a dicha resolución y sobre la base de los documentos que allí se mencionan, por lo que no incurre en incoherencia cuando deniega la

regularización en los casos en que los documentos no sean de los allí mencionados.

*(St. de 7 de enero de 2011. Sala de Sevilla. Ponente Sanchís-Sánchez Mensaque)*

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Valoración de suelo no urbanizable dotacional. Criterio general. Necesidad de prueba cumplida en la impugnación del justiprecio ante el Jurado.

Como para tasar dos fincas, sitas en el término municipal de San Juan del Puerto, y expropiadas con motivo de la obra de acondicionamiento de la A-494 en un punto de intersección con la A-474, el Jurado Provincial de Expropiación se constituye con la asistencia de un vocal en posesión del título de Ingeniero Agrónomo, junto con la del representante de la Cámara Agraria, la parte actora pretende su anulación por infracción del régimen especial de formación de voluntad del peculiar órgano colegiado que es un Jurado de Expropiación, en el entendimiento de que la vocación urbanística de los terrenos demandaba que hubieran concurrido un Arquitecto y un miembro de la Cámara de la Propiedad Urbana. A juicio del Tribunal, no habiendo puesto en duda la parte actora la clasificación como suelo no urbanizable del suelo expropiado, la constitución del Jurado resulta impecable, desde el momento en que la Ley de Expropiación Forzosa –art. 32– atiende a la naturaleza del bien objeto a expropiar y no a la intención de las partes de valorarlo para establecer su composición, de modo que deben intervenir un Ingeniero Agrónomo y un miembro de la Cámara Agraria, si se trata de fincas rústicas, independientemente del significado que el expropiado quiera dar a esta circunstancia objetiva.

Como segundo motivo de impugnación el recurrente fórmula un epígrafe titulado “fijar como justiprecio e indemnización que corresponde percibir al recurrente la cantidad de cuarenta y cinco mil setecientos veintiocho euros con ochenta y cinco céntimos (45.728,85 euros), más los correspondientes intereses legales, pero como argumentos concretos en que se funda esta petición, asequibles jurídicamente, y por tanto revisable por el Tribunal se insiste en el plusvalor del terreno por efecto de la proximidad a núcleo urbano, –con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2001 (RJ 2001/2407), se da a entender que los terrenos destinados a sistema general viario ( municipal o autonómico) deben valorarse como si de suelo urbanizable programado se tratase– y en que la vivienda ubicada en la finca subsistente sufre una depreciación por privación de vistas.

De esta forma, la demanda remite a cuestión de gran resonancia en la práctica judicial ordinaria, donde ha llegado a establecerse un consenso conforme al cual una infraestructura viaria en suelo no urbanizable debe reputarse como un sistema general, esto es, valorado en caso de expropiación como suelo urbanizable y únicamente si integran el entramado urbano, porque en tal caso contribuyen a crear ciudad al ser consecuencia del crecimiento o desarrollo urbano o facilitar dicho desarrollo. La cuestión consiste entonces en determinar qué debemos entender por “crear ciudad”. En tal expresión han de incluirse los supuestos en los que la vía de comunicación integra el entramado urbano (malla urbana) y forma parte de la red viaria municipal, sirviendo a la comunicación interna del municipio concreto en el que se enclava. En relación a la valoración de terrenos destinados a sistemas generales, la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en un número de ocasiones suficiente como para formar un cuerpo de doctrina consolidado, que ejemplifica la sentencia de 21 de julio de 2008 ( Sección Sexta: Ponente: Robles Fernández), y que por lo aquí importa, suministra las siguientes enseñanzas: no basta, para calificar el terreno expropiado a efectos de valoración como urbanizable programado, la simple ubicación del mismo dentro la vía de comunicación cuya construcción determina la expropiación, cuando esa vía ni aparece integrada en la red viaria municipal ni prevista en el planeamiento correspondiente al municipio en que está localizada, ya que ninguna norma permite llegar a conclusión contraria y calificar a un suelo como urbanizable, siquiera sea a efectos valorativos, por el simple hecho de ser expropiado para la construcción de una obra pública de interés general. Es por ello que sólo cuando, tratándose de vías interurbanas, la misma está integrada dentro del término municipal en la red viaria de interés del municipio y como tal clasificada en el Plan de Ordenación del mismo, ha de aplicarse el criterio de valoración como si de suelo urbanizable se tratara, mas tal calificación ha de excluirse en los demás supuestos en que, como aquí ocurre, la finca está calificada por el planeamiento del municipio en que radica como no urbanizable y en dicho planeamiento no se contempla la construcción de dicho vial como integrado en la red viaria de interés municipal. Dicho de otro modo, la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengán clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad al ser consecuencia del crecimiento o desarrollo urbano o tiendan a facilitar dicho desarrollo lo que en el supuesto de la vía de comunicación es predicable de aquellas que integran el entramado urbano, pero no de las vías de comunicación interurbanas, otra cosa ello nos llevarla al absurdo de considerar co-

mo suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en todo su extensión. En nuestra opinión el criterio jurisprudencia expuesto se refleja indudablemente en el artículo 25.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre suelo y valoraciones vigente al tiempo de la retasación, que tras la redacción dada por la Ley 53/2002 puso el acento en que la valoración de los suelos destinados a infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, autonómico o estatal, tanto si estuvieran incorporados al planeamiento urbanístico como si fueran de nueva creación, se efectuase según la clase de suelo en que se sitúen o por los que discurren.

No hay datos objetivos que avalen que la vía determinante de la expropiación integre el entramado urbano (malla urbana) y forme parte de la red viaria municipal, sirviendo a la comunicación interna del municipio concreto en el que se enclava, exigencia que antes hemos señalado para considerar que estamos ante un sistema general. En realidad, conforme resulta de los planos, fotografías y documentados aportados procesalmente y apreciados por el Tribunal en el ejercicio de su labor jurisdiccional, se trata de una vía que pasa por San Juan del Puerto como lo hace por otros municipios a lo largo de su trayectoria, al servicio como fin último de la comunicación entre distintos núcleos urbanos, provinciales y extraprovinciales, con lo que no puede decirse que se trate de una infraestructura creadora de ciudad, expansiva del casco urbano existente, o destinada a facilitar el tránsito por carretera entre distintos municipio pertenecientes a una misma aglomeración o área metropolitana. Ni siquiera la proximidad de la carretera o de alguno de sus tramos fundamenta la pretensión de la adora. De lo expuesto en el fundamento anterior se concluye que el terreno expropiado debe ser valorado como suelo no urbanizable, tal y como se recoge en el acuerdo impugnado, más aun cuando la pretensión de la obra pública –“Acondicionamiento de la carretera A-494 desde la intersección con la A-472 en San Juan del Puerto e intersección con la A-474”– no ha sido crear ex novo una carretera, sino aprovechar el trazado preexistente, que ya se hallaba enclavado en suelo no urbanizable. Por tanto, la simple mejora de un sistema vial que previamente no creaba ciudad no altera esta condición, de ahí que la valoración del suelo atendiendo a su carácter no urbanizable resulte conforme a Derecho.

En cuanto a lo segundo, el único dato contrastable es el que facilita el arquitecto designado como perito judicial: aun después de la pérdida de terreno por la expropiación, la distancia entre los linderos de la parcela y las fachadas de la vivienda –de 8,5 m aproximadamente– supera la prescrita habitualmente en las ordenanzas urbanísticas para urbanizaciones residenciales de vivienda unifamiliar, que suelen situarse entre 3 y 5 metros, de mo-

do que es difícil aceptar que la vivienda ha experimentado el menoscabo de las vistas que se denuncia.

Debiendo valorarse el suelo expropiado por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas –art. 26 Ley 6/1998, de 13 de abril, del Suelo y Valoraciones–, para rebatir el criterio del Jurado –que terminó aplicando un valor unitario de 1,80 /m<sup>2</sup>– no sirven, en primer lugar, las estimaciones del dictamen elaborado por el arquitecto Sr. Segismundo, dado que parten de una premisa errónea –la de que es aplicable el método residual, reservado por la Ley para la valoración. Y tampoco la tasación que a instancia de la parte recurrente efectuó una sociedad de tasación para su unión al expediente administrativo, ya que se basa en la invocación de una serie de testigos identificados de forma puramente nominal, puesto que de ello desconoce el Tribunal su exacta ubicación, situación urbanística, precio acreditado de transmisión y cualesquiera otras circunstancias relevantes para formar un juicio de identidad. Lo expuesto hasta ahora tiene una significación procesal clara: puesto que las valoraciones que se pretenden alternativa a la del Jurado no arrojan una imagen real de la finca, como explotación de suelo individualizada, no se cumplen los requisitos generales sobre carga de la prueba –art. 217 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil– necesarios para la éxito de una pretensión de condena, que exigen la prueba del mejor derecho del demandante mediante la acreditación del plusvalor de la cosa expropiada.

*(St. de 14 de enero de 2011. Sala de Sevilla. Ponente Javier Rodríguez Moral)*

## XV JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Alcance de la expresión perdida de la finalidad legítima del recurso como base de medidas cautelares.

Hemos señalado en distintas ocasiones que el principio general de ejecutividad de los actos administrativos no se ha visto alterado por el nuevo sistema de justicia cautelar implantado por la Ley 28/98, y siendo, por tanto, la adopción de medidas cautelares la excepción, resulta necesaria la concurrencia del requisito exigido en el art 130, concretado en “hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Ciertamente que puede servir de criterio interpretativo de dicha expresión el alcance y extensión que la doctrina del Tribunal Constitucional ha otorgado al art 56 de la LOTC, por su similitud con el expresado art 130, y que en dicho sentido se entiende que se hace perder la finalidad legítima cuando, de ejecutarse el acto recurrido, se impide la efec-

tividad de la sentencia o se crean situaciones irreversibles; pero, desde luego, no es la única interpretación posible, siendo preciso poner en relación dicho mandato legal con el caso concreto que se enjuicia.

En el presente caso, nos parece evidente que no cabe la suspensión de la expulsión decretada. El apelante carece por completo de arraigo en nuestro país, como se razona en el auto recurrido. Y no es arraigo poseer una cartilla en una entidad bancaria, ni estar empadronado ni disfrutar de tarjeta de asistencia sanitaria. Carente, pues, de todo arraigo, social, familiar o económico, y no probando que la expulsión le ocasione perjuicios de imposible reparación, hemos de concluir como lo hizo el Magistrado de la primera instancia, cuya resolución confirmamos íntegramente, sin que, por lo demás, sea éste el momento de pronunciarse acerca de si la sanción adecuada es la de multa o la impuesta de expulsión, cuestión de fondo que no puede ser tratada en el estado actual del recurso.

*(St. de 14 de enero de 2011. Sala de Sevilla. Ponente Angel Salas Gallego).*

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Objeto del recurso de apelación. No proceden reiteraciones genéricas de las alegaciones en primera instancia.

La alegación esgrimida ante el juzgado por el recurrente fue la de falta de proporcionalidad de la medida, pretendiendo su sustitución por una sanción pecuniaria, cuestión que la Sentencia combatida resuelve convenientemente. Esencialmente el escrito de apelación insiste en la misma alegación, contraviniendo lo establecido en la STS 4-11-1996 (“El recurso de apelación no tiene como finalidad abrir un nuevo enjuiciamiento de la cuestión en las mismas condiciones que tuvo lugar en la primera instancia, sino depurar el resultado procesal obtenido en ella. El escrito de alegaciones del apelante (artículo 100.5 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa) ha de consistir en una crítica de la sentencia impugnada que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución de sus pronunciamientos por otros distintos..., cuando la parte apelante se ciñe en su escrito de alegaciones a reproducir, de manera implícita o explícita, pero genéricamente, sin más alegaciones ni explicaciones, lo argumentado en primera instancia, o se limita a manifestar que solicita la revocación de la sentencia, impide en la mayoría de los casos conocer el ámbito y el contenido de la pretensión impugnatoria, oscurece el debate procesal sobre la corrección de la resolución impugnada y origina indefensión a la parte apelada, que no puede conocer con la suficiente claridad los ar-

gumentos en que se funda la impugnación de la sentencia o resolución dictada para oponerse a ellos”), pese a añadir otras consideraciones, algunas metajurídicas e insistiendo en la crítica a la actuación administrativa, lo que quedó resuelto suficientemente en la instancia.

(St. de 7 de enero de 2011. Sala de Sevilla. Ponente Moreno Andrade).

## XVIII. PERSONAL

Naturaleza y objeto del complemento de productividad. Sentencia que cambia el criterio anterior de la Sala.

Se impugna en el presente proceso la Resolución de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil de 28 de agosto de 2007 por la que se desestima la solicitud del actor, sobre abono del complemento de productividad correspondiente a los meses de abril, mayo y junio de 2007 en que estuvo realizando el curso de promoción profesional para ascenso a la categoría de Subinspector.

Esta Sala, en relación igualmente a la participación del recurrente en un curso para promoción profesional dentro del Cuerpo Nacional de Policía, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión aquí planteada, entre otras, en la sentencia de fecha 15 de febrero de 2002, recurso contencioso-administrativo nº 145/2000. Decíamos en aquella resolución, reproduciendo lo contenido en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero que: *“El motivo determinante del no abono al actor del complemento de productividad es que durante el periodo de tiempo referido estuvo realizando el curso de ascenso a la categoría de Oficial de Policía, oponiendo el recurrente es que ésta circunstancia precisamente lo que viene a demostrar es la mayor dedicación que justifica y otorga carta de naturaleza a la retribución complementaria reclamada, añadiendo que carece de sentido que según las Instrucciones de los Subdirectores Generales Operativo y de Gestión y de Recursos Humanos de 23 de enero y 22 de marzo de 1998, el complemento de productividad no deja de abonarse a quienes realicen cursos de actualización y perfeccionamiento, en tanto que se excluye la realización de cursos de ascenso. La valoración que pueda hacerse del hecho de que un funcionario, a efectos de promoción en su carrera, participe en los correspondientes cursos de ascenso, en nada afecta a la regulación del complemento de productividad reclamado. Este tiene como finalidad retribuir el especial rendimiento y la actividad y dedicación extraordinaria en el desempeño del puesto de trabajo, no guardando relación alguna con el hecho de querer promocionar en la carrera funcionaria! mediante la, por lo demás, obligada participación en los cursos de ascenso si se desea lograr tal objetivo.*

*Por otro lado mantener el complemento en cuestión en el caso de realización de cursos de actualización y perfeccionamiento, en la medida en que pueden precisamente incidir de forma directa en un mayor y mejor rendimiento en su función, es lo que justifica que, por el contrario, el complemento no se abone cuando se participa en cursos de ascenso, con finalidad distinta y que no incide en la actividad desempeñada en el puesto que se ocupa. En cualquier caso esta es cuestión donde la discrecionalidad administrativo tiene un papel relevante y no puede ser sustituida por decisión de los Tribunales de Justicia cuando no se configura como arbitraria o carente de razón justificativa alguna.”*

Como se advierte de lo transcrito en el fundamento anterior, este Tribunal no analizó la cuestión debatida desde el punto de vista de la naturaleza del complemento de productividad reclamado. Este aspecto, que ahora se plantea en la demanda con invocación de sentencias dictadas por otros Tribunales Superiores de Justicia estimando pretensiones como la aquí articulada, nos lleva, modificando el criterio hasta ahora seguido, a modificar el sentido de nuestras resoluciones. Realmente, el complemento de productividad debería retribuir la especial dedicación y laboriosidad del funcionario en un tratamiento y análisis particularizado de las particulares funciones desarrolladas por el empleado público. Cuando ésta retribución complementaria, enlazándolo con el concepto productividad, en realidad se configura como un derecho de contenido económico ligado exclusivamente al desempeño de un concreto puesto de trabajo, al margen de los objetivos logrados y las tareas desempeñadas, se produce una desnaturalización que lo convierte en una retribución fija y objetiva. Y esta es precisamente la consecuencia que se produce con la aprobación de las Instrucciones antes citadas donde el derecho a percibir el complemento de productividad se vincula, exclusivamente, al desempeño de determinado puesto de trabajo. De aquí que carezca de justificación alguna el que se establezca el mantenimiento del derecho a cobrar dicha retribución complementaria durante el disfrute de vacaciones anuales o realización de cursos de actualización y perfeccionamiento y, sin embargo, se deniegue cuando lo que se llevan a cabo son cursos de especialización, selección y promoción. En ninguno de los supuestos mencionados se realizan las tareas propias del puesto de trabajo de destino del funcionario con lo que faltarían criterios para valorar la productividad y sin embargo, discriminatoria e injustificadamente, en unos se mantiene en el derecho a percibir la retribución complementaria que, en supuestos como el aquí tratado, se deniega sin razón alguna. Esta circunstancias, y ya que el gestor público ha querido configurar el complemento de productividad como una consecuencia económica del desempeño del puesto de trabajo, obliga a no admitir dicha desigualdad y reconocer el derecho del recurrente al percibo del tantas veces citado complemento de productividad durante el periodo reclamado.

*(St. de 4 de enero de 2011. Sala de Sevilla. Ponente H. Asencio Cantisán).*



# CRÓNICA PARLAMENTARIA



## Crónica Parlamentaria

### La ampliación de la iniciativa legislativa popular

En una legislatura cuya producción normativa ha estado fuertemente condicionada por la difícil coyuntura económica, contrastan algunas de las últimas iniciativas legislativas que inciden en aspectos estructurales del sistema de participación política. Especialmente reseñables a este respecto son dos proposiciones de ley presentadas por el grupo parlamentario socialista, que pretenden la modificación de la ley de iniciativa legislativa popular y la ley electoral de Andalucía.

Por lo que hace a la primera, no está de más recordar que la pretensión del constituyente de “establecer una sociedad democrática avanzada” ha recibido un claro respaldo en el nuevo Estatuto de Autonomía andaluz. En efecto, no puede dejar de recordarse que su artículo 10.3.19º incluye entre los objetivos básicos de nuestra Comunidad Autónoma “la participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa”. Y, en lógica consonancia con dicho objetivo programático, el artículo 30 procede a acotar un amplio espacio donde desplegar el derecho de los andaluces a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos. Derecho genérico en el que expresamente se incluyen, además de las manifestaciones típicas de la democracia representativa, otras posibilidades de actuación próximas a la democracia participativa<sup>1</sup>:

“Este derecho –afirma el art. 30 del Estatuto– comprende:

(...)

b) El derecho a promover y presentar iniciativas legislativas ante el Parlamento de Andalucía y a participar en la elaboración de las leyes, directamente o por medio de entidades asociativas, en los términos que establezca el Reglamento del Parlamento.

c) El derecho a promover la convocatoria de consultas populares por

<sup>1</sup> Véase María Reyes Pérez Alberdi: “Los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía reformados recientemente. (Especial consideración al Estatuto de Autonomía para Andalucía)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, pág. 181 y ss.)

la Junta de Andalucía o por los Ayuntamientos, en los términos que establezcan las leyes.

d) El derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.

e) El derecho a participar activamente en la vida pública andaluza para lo cual se establecerán los mecanismos necesarios de información, comunicación y recepción de propuestas”.

El nuevo Estatuto andaluz recoge, pues, la participación política ciudadana en diversos planos. En realidad, desde hace ya bastantes años, constituye un lugar común en la literatura especializada articular y sistematizar los mecanismos de participación a través de “escaleras de participación”<sup>2</sup>, en cada uno de cuyos peldaños se situarían las diversas técnicas en función del papel que atribuyen a los ciudadanos y organizaciones sociales. En el nivel más bajo, vendrían a agruparse aquellas prácticas consistentes en la mera información a una ciudadanía que, habitualmente, se circunscribe al papel pasivo de ser exclusivamente receptora de la misma. En el segundo plano, se ubicarían las diferentes fórmulas que reconocen a los individuos y grupos el derecho a emitir su opinión, aunque concebidas como simples mecanismos consultivos. Finalmente, en el peldaño superior se concentrarían las fórmulas más intensas de participación, caracterizadas por operar un traslado real del poder político a la ciudadanía, en la medida en que se les reconoce una verdadera capacidad decisoria. E incluso, dando un paso más, cabría distinguir en este último grupo aquellas fórmulas participativas en que la presencia de los ciudadanos en la toma de decisiones se proyecta a la fase de control, atribuyéndoseles la capacidad de exigir medidas de compensación o sanción a las autoridades gubernamentales en caso de incumplimiento o actuación irregular.

Aunque, en puridad, los diferentes usos que suele recibir el término “participación” pueden reconducirse a dos grandes categorías. Desde un punto de vista pragmático, la participación se entiende como un simple medio para conseguir un fin, a saber, como un instrumento para aumentar la eficacia y la eficiencia de las diferentes actuaciones públicas. Por el contrario, desde una segunda perspectiva de más calado político, la participación se concibe como un fin en sí misma: permitir el acceso a los recursos y a las instituciones a aquellos grupos y movimientos sociales habitualmente excluidos de los mismos. La distinción entre ambas concepciones suele, por lo demás, proyectarse en una asi-

---

<sup>2</sup> S. Arnstein: “A Ladder of Citizen Participation”, *Journal of the American Institute of Planners*, 35, 4, 1969, págs. 216–224.

mismo diversa intelección de la función que deben desempeñar los participantes: mientras que para la comprensión pragmática basta con que la participación se reduzca a consultar con la ciudadanía, manteniéndose en lo restante el protagonismo de las instancias gubernamentales; la segunda reclama la presencia efectiva de la comunidad en el proceso de toma de decisiones<sup>3</sup>.

Así pues, en ocasiones se emplea el concepto “participación” en el sentido pragmático antes indicado para referirse a lo que no es más que un mero flujo de información de unos actores a otros, o una simple consulta sobre los puntos de vista que tiene la colectividad en relación con alguna cuestión sin que exista la menor obligación de incorporar los puntos de vista expresados. Frente a esta noción menos intensa, la concepción más “política” de la participación ciudadana atribuye a la comunidad un poder decisorio que se pone de manifiesto en un proceso que va más allá de la simple generación de un plan; proceso que, más concretamente, abarcaría la identificación de los problemas a resolver, la priorización de tales problemas, la formulación de las posibles soluciones, su implementación y, en fin, la revisión y evaluación de las decisiones adoptadas.

De otro lado, no puede infravalorarse el papel que está llamada a jugar la participación ciudadana directa en la mejora de la rendición de cuentas (*accountability*) de los cargos públicos. Como es sabido, tradicionalmente han prevalecido los mecanismos de control de carácter horizontal, esto es, los desempeñados o dirigidos desde las propias instancias gubernamentales: control parlamentario, control procedimental vía órganos administrativos de fiscalización o a través del poder judicial. En este marco tradicional de “democracia representativa”, el control social directo de las instituciones estatales prácticamente se reduce al momento electoral. Sin embargo, desde hace algunas décadas, incluso en los Estados democráticos consolidados, se aprecia la tendencia a complementar estos mecanismos horizontales con otros situados fuera del Estado (“rendición de cuentas vertical”) e incardinados a asegurar la presencia directa de la ciudadanía en el control de la Administración Pública de acuerdo con la lógica de la “democracia participativa”. E, incluso, ha comenzado a hablarse de formas híbridas de rendición de cuentas (o de “rendición de cuentas diagonal”) para denotar aquellas prácticas consistentes en insertar a los ciudadanos y a las organizaciones sociales en los procesos de control de naturaleza ho-

---

<sup>3</sup> Gerd Schönwälder: “New Democratic Spaces at the Grassroots? Popular Participation in Latin American Local Governments”, *Development and Change*, 28/4, 1997, pág. 756.

rizantal, inicialmente monopolizados en exclusiva por autoridades estatales<sup>4</sup>. Como quiera que sea, el surgimiento de esta necesidad de incrementar la participación social en la rendición de cuentas obedece en última instancia a la insatisfacción derivada de la escasa eficacia de los mecanismos horizontales.

Participación y rendición de cuentas no son, por otra parte, sino el haz y el envés que configuran la misma realidad: a través de las fórmulas participativas ciertamente puede lograrse que las instancias gubernamentales tengan acceso a una mejor información sobre las necesidades y preferencias locales, pero no hay ninguna garantía de que tales preferencias informarán, de algún modo, las decisiones políticas a menos que se articulen mecanismos de rendición de cuentas. Es más; en buena medida cabe entender que la participación es un elemento consustancial e inherente a todo sistema adecuadamente articulado de rendición de cuentas. Así es; de entre las diversas acepciones, matizaciones o concepciones existentes en torno al concepto de rendición de cuentas, ha tomado carta de naturaleza una comprensión amplia en la que la participación se considera la “forma más fuente de rendición de cuentas”.

Por lo demás, parece evidente que donde puede adquirir la participación ciudadana su máxima potencialidad es en el nivel local de gobierno. El municipal constituye, sin duda, el ámbito idóneo para el desarrollo de las prácticas participativas, toda vez que “cuanto menor es la escala, mayores son las posibilidades de la implicación directa de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones que les afectan”<sup>5</sup>. Su cercanía a los administrados, la flexibilidad y versatilidad que se le atribuye para atender las demandas de un colectivo, así como las mejores condiciones que ofrece para la inclusión de los individuos y colectivos interesados en la “cosa pública”, son algunos de los factores que explican la idoneidad del gobierno local para la puesta en marcha de las prácticas participativas. De otro lado, porque en el nivel local se hace sentir espe-

---

<sup>4</sup> Anne Marie Goetz/Rob Jenkins: “Hybrid Forms of Accountability. Citizen Engagement in Institutions of Public-Sector Oversight in India”, *Public Management Review*, vol. 3, n° 3, 2001, *passim*.

<sup>5</sup> Clemente J. Navarro Yáñez: *Democracia asociativa y oportunismo político. La política pública de participación ciudadana en los municipios españoles (1979-1993)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 12. Que el local es el ámbito idóneo para construir espacios de concertación ciudadana entre los sectores políticos, económicos, sociales, culturales, etc. ha sido igualmente destacado por J. Borja y M. Castells: *Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Taurus, Madrid, 1997, págs. 148-149.

cialmente la insuficiencia de los mecanismos horizontales de *accountability*: falta, en efecto, en este nivel un esquema de separación de poderes y un sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) tan desarrollados como los existentes en las instancias centrales y regionales de gobierno.

Una especial atención dedicaremos en las siguientes líneas al específico derecho de iniciativa legislativa contenido en el art. 30.1.b) EAAnd.; derecho en relación con el cual el art. 111.2 EAAnd establece un mandato impositivo de legislación: “Una ley del Parlamento de Andalucía, en el marco de la ley orgánica prevista en el artículo 87.3 de la Constitución, regulará tanto el ejercicio de la iniciativa legislativa de los Ayuntamientos como la iniciativa legislativa popular”. Se trata, por lo demás, de una cuestión que, en nuestra Comunidad Autónoma, fue regulada ya en una etapa relativamente temprana por la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos.

Sin embargo, desde la década de los ochenta, ha experimentado un notable auge la pretensión de facilitar una presencia más intensa e inmediata de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones políticas. En este sentido ha de mencionarse el Libro Blanco para la Gobernanza Europea, que propugna la implantación de mecanismos de participación ciudadana como un elemento consustancial de la democracia moderna. Aspiración que, en fin, ha constituido un eje central del movimiento de “indignados” articulado en torno a la fecha del 15 de mayo. Precisamente en este contexto ha de ubicarse la propuesta formulada por el Presidente de la Junta de Andalucía en el debate del estado de la Comunidad Autónoma celebrado los días 29 y 30 de junio. De acuerdo con la propuesta que el Sr. Griñán vino a denominar “el escaño 110”, se pretendía dar respuesta a dichas demandas ciudadanas potenciando su intervención directa en el procedimiento legislativo; y dicho objetivo debía ponerse en marcha de inmediato a través de la presentación de una proposición de ley. A raíz de esta intervención, se constituyó un Grupo de Trabajo sobre determinadas modificaciones legislativas y normativas en materia de transparencia y calidad democrática, que incluyó entre sus propuestas las tendentes a facilitar a la ciudadanía una presencia más directa en el procedimiento legislativo.

No se tardó mucho en llevar a la práctica estas sugerencias, puesto que el día 24 de agosto el portavoz del Grupo Parlamentario Socialista, Mario Jiménez Díaz, registró una Proposición de Ley relativa a la modificación de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos. Iniciativa legislativa que sería admitida a trámite por la Mesa del Par-

lamento de Andalucía el día 1 de septiembre<sup>6</sup>. La principal innovación que aporta la Proposición incide en la minoración de los requisitos cuantitativos imprescindibles para que prospere la iniciativa. Así, en lo que concierne a la iniciativa legislativa popular, el mínimo de 75.000 firmas exigido por la normativa vigente se reduce a 40.000 [art. 2 a) y 6 de la Ley 5/1988]. E igualmente se suaviza el régimen actual en relación con la iniciativa de los Ayuntamientos: si el vigente art. 2 b) exige el acuerdo de treinta y cinco Ayuntamientos o de diez cuando representen globalmente a 75.000 electores, la Proposición rebaja su número a veinticinco o a diez que representen a 40.000 electores.

Asimismo la Proposición favorece la iniciativa popular en la medida en que amplía el plazo disponible para recoger las firmas. Los cuatro meses previstos con carácter general en el artículo 9 de la Ley 5/1988 pasarán a ser seis meses, en el supuesto de que la Proposición llegue a buen término<sup>7</sup>. Como también está directamente incardinada a la consecución de esta objetivo la previsión de que la iniciativa legislativa pueda articularse a través de firmas electrónicas: “Reglamentariamente se establecerán los requisitos necesarios para que el procedimiento de recogida de firmas pueda realizarse a través del sistema de firma electrónica” (nuevo apartado 3 bis del artículo 9).

Aunque, muy probablemente, la modificación de mayor calado contenida en la Proposición sea la contenida en la Disposición final primera:

“Las modificaciones legislativas realizadas en la presente Ley que afecten a la composición y funcionamiento del Parlamento de Andalucía darán lugar a la adecuación normativa del Reglamento de la Cámara. En particular se determinará el procedimiento para articular la participación de las personas promotoras de las Iniciativas Legislativas Populares en la presentación y defensa ante el Pleno de la Cámara y seguimiento de los debates en idénticos términos a los de los diputados y diputadas en las Proposiciones de Ley, así como su participación en la oportuna Comisión parlamentaria”.

En efecto, en esta disposición se condensa lo que verdaderamente dota de sentido a la denominación “escaño 110” con la que se ha definido esta inicia-

---

<sup>6</sup> BOPA 736, 2 de septiembre de 2011, pág. 105 y ss.

<sup>7</sup> Plazo que, al igual que establece el actual artículo 9, puede prorrogarse dos meses cuando concurren razones objetivas debidamente justificadas, cuya apreciación corresponde a la Mesa del Parlamento.



tiva. Pues no se trata con la misma tan sólo de suavizar los requisitos que hasta ahora dificultaban la utilización más intensa del derecho a la iniciativa legislativa, sino de un objetivo de mayor alcance, a saber, permitir la presencia directa de la ciudadanía en sede parlamentaria en defensa de la correspondiente proposición de ley. La “presentación y defensa ante el Pleno de la Cámara y seguimiento de los debates” ha de producirse –importa subrayarlo– “en idénticos términos” que los diputados, debiendo igualmente extenderse la participación de los promotores de la iniciativa en la correspondiente Comisión. En el caso de que llegue a cristalizar esta propuesta, habrá que seguir con sumo interés cómo se concreta en el Reglamento de la Cámara el alcance exacto de esta novedosa vía de participación ciudadana en el procedimiento legislativo, que excede, con creces, como es palmario, lo que es estrictamente el derecho de iniciativa legislativa popular.

La segunda iniciativa emprendida por el Grupo Parlamentario Socialista que afecta de plano al sistema democrático es la Proposición de Ley de modificación de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía; la Ley 2/2005, de 8 de abril, por la que se regula el estatuto de los ex Presidentes de la Junta de Andalucía, y la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos. Proposición que sería calificada favorablemente y admitida a trámite por la Mesa del Parlamento en sesión celebrada el 1 de septiembre<sup>8</sup>. Y al igual que lo sucedido con la anterior, esta iniciativa trae asimismo causa de las propuestas lanzadas por el Presidente de la Junta de Andalucía en el curso del debate del estado de la Comunidad, que serían igualmente concretadas por el Grupo de Trabajo sobre determinadas modificaciones legislativas y normativas en materia de transparencia y calidad democrática.

Pues bien, sin ninguna duda, ha sido la propuesta modificación del actual régimen de incompatibilidades fijado por la Ley Electoral de Andalucía el asunto que mayor interés ha suscitado en los medios de comunicación y más profundos debates ha generado en sede política. Reforma de los supuestos de incompatibilidad que se justifica con los siguientes términos en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley:

---

<sup>8</sup> BOPA 736, de 2 de septiembre de 2011, pág. 107 y ss.

“Actualmente, entendiendo la política como un servicio público imprescindible en nuestro sistema democrático y siguiendo la línea de profundizar en la transparencia y plena dedicación que los parlamentarios deben a la ciudadanía, el artículo 6.2 de la Ley Electoral debe ser modificado para atender a las nuevas necesidades de la sociedad andaluza, pues la política debe ser ejercida con lealtad a los intereses generales y desde una objetividad y rigor que sólo la plena dedicación puede otorgarle”.

Y precisamente al objeto de alcanzar esa objetividad y rigor que sólo la plena dedicación a la política parlamentaria puede alcanzar, la aportación de la Proposición de Ley socialista reside en ampliar el listado de incompatibilidades del art. 6.2 de la Ley Electoral con “c) Los Alcaldes de Municipio. d) Los Presidentes de Diputación Provincial”; una medida que, desde que fue anunciada por el Presidente de la Junta en el debate del estado de la Comunidad, fue categóricamente rechazada por el Partido Popular. De ahí que el acuerdo de la Mesa fechado el 1 de septiembre, que calificó favorablemente la Proposición y la admitió a trámite, fuera impugnada por el Grupo Parlamentario popular el día 5 de septiembre, interponiendo el pertinente recurso de reconsideración<sup>9</sup>. En lo esencial, el recurso entendía que la Proposición no debió admitirse a trámite en la medida en que las mencionadas causas de incompatibilidad son contrarias a la Constitución: “Dicha Proposición de Ley –argumenta el escrito presentado por el Grupo Parlamentario Popular– introduce, entre otras, una modificación de la Ley Electoral de Andalucía con la finalidad de hacer incompatibles los cargos de Diputado del Parlamento andaluz y los de Alcalde o Presidente de la Diputación, cuando desde los inicios de la Comunidad Autónoma de Andalucía han sido perfectamente compatibles y de hecho ha sido notable la presencia de Regidores en todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara. No existe, por tanto, ninguna razón objetiva para considerar incompatibles los mencionados cargos, y sí una razón puramente subjetiva como es la de impedir fundamentalmente al Partido Popular de Andalucía, vencedor de las últimas elecciones locales en la Comunidad, que pueda llevar a la Cámara andaluza la voz de los pueblos y ciudades a través de sus Alcaldes. Si ade-

---

<sup>9</sup> De acuerdo con el artículo 28.2 del Reglamento del Parlamento de Andalucía: “Si un miembro de la Cámara o un Grupo Parlamentario con interés directo y legítimo discrepara de la decisión adoptada por la Mesa en el ejercicio de las funciones a que se refieren los puntos 6º y 7º del apartado anterior, podrá solicitar su reconsideración dentro de los dos días siguientes a la notificación de acuerdo. La Mesa decidirá definitivamente, mediante resolución motivada, en la primera sesión que celebre tras la solicitud de reconsideración”. Y el artículo 28.1.6º incluye entre las funciones de la Mesa: “Calificar, con arreglo al Reglamento, los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de los mismos”.

más tenemos en cuenta que en la actualidad el Grupo Parlamentario Popular es el único que cuenta con un número significativo de Alcaldes en sus filas y que buena parte de ellos fueron cabeza de lista en las últimas elecciones autonómicas, se comprenderá que la Proposición de modificación de la Ley Electoral de Andalucía representa un ataque claro al principio de igualdad que debe regir el acceso a las funciones y cargos públicos, según ampara el artículo 23.2 de la Constitución, lo que hace, en definitiva, que la misma sea claramente inconstitucional”.

Y una vez argumentada la inconstitucionalidad de la medida, proseguiría el recurso sosteniendo que la Proposición, en este extremo, no perseguía sino una reforma de facto de la Constitución, por lo que debió rechazarse por la Mesa: “Al calificarla favorablemente y permitir la tramitación como proposición de ley de un contenido material propio de una reforma constitucional, está ejerciendo las competencias que le atribuye el artículo 28.1.6º y 7º del Reglamento del Parlamento de Andalucía de una manera contraria a los derechos fundamentales, lo que invalida esta decisión adoptada por la Mesa de la Cámara”.

También formularía recurso de reconsideración el Grupo Parlamentario Popular contra la decisión de la Mesa, acordada en la sesión celebrada de 7 de septiembre de 2011, de aceptar y tramitar el “escrito presentado por el Consejo de Gobierno remitiendo certificación literal del Acuerdo del Consejo de Gobierno, adoptado en su reunión del día 6 de septiembre de 2011, por el que se manifiesta su criterio favorable respecto a la toma en consideración de la Proposición de Ley 8-11/PPL-000008”. Trámite este último cuyo cumplimiento permitiría que la Junta de Portavoces incluyera en el Orden del Día de la sesión plenaria prevista para los días 14 y 15 de septiembre la propuesta de toma en consideración de las tantas veces repetida Proposición de Ley. A juicio del Grupo Parlamentario Popular, su calificación favorable y admisión a trámite no podía considerarse firme y definitiva hasta que la Mesa no decidiera el rechazo del recurso de reconsideración interpuesto contra la misma, tal y como cabía inferir de la suspensión automática e inmediata de la tramitación prevista en el artículo 28.2, párrafo segundo, del Reglamento<sup>10</sup>. Y en consecuencia no podían considerarse válidas las actuaciones subsiguientes: “...al haber decidido la Mesa dar trámite al escrito recibido del Consejo de Gobierno en el que manifiesta su criterio favorable a una iniciativa parlamentaria no ca-

---

<sup>10</sup> El precepto en cuestión establece: “La presentación del recurso suspenderá la correspondiente tramitación”.

lificada aún favorablemente y no admitida aún a trámite de manera definitiva con arreglo al art. 28.2 del Reglamento, esto es, a un criterio expresado irregularmente, ha propiciado consecuentemente la vulneración del art. 124.3 del Reglamento, que dispone que sólo cuando haya transcurrido el plazo previsto –en este caso ocho días– ‘sin que el Consejo de Gobierno hubiera negado expresa y motivadamente su conformidad a la tramitación, la proposición de ley quedará en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración’”. En definitiva, lo que perseguía este recurso era la suspensión inmediata de toda tramitación parlamentaria relacionada con las decisiones recurridas, procurándose así aplazar la toma en consideración por el Pleno de la Proposición de Ley en cuestión.

Sin embargo, estos recursos de reconsideración serían rechazados por la Mesa, por lo que no se impediría que el Pleno de la Cámara tomara en consideración la Proposición de Ley en la fecha prevista<sup>11</sup>. Y no puede decirse ciertamente que el sentido de estas resoluciones supusiera ninguna sorpresa. De entrada, conviene tener presente que el Reglamento no establece ninguna restricción o condicionante de carácter material para la admisión a trámite de las proposiciones de ley. Más allá de la exigencia formal de que vayan acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellas (art. 123), el único límite reglamentario que afecta a su contenido es la capacidad del Consejo de Gobierno para oponerse a su tramitación si implican aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios (art. 124.2)<sup>12</sup>.

Por consiguiente, en línea de principio, las proposiciones pueden incidir libérrimamente sobre cualquier sector de la realidad, siempre y cuando la Junta de Andalucía ostente competencia sobre la materia. Y pocas dudas hay que albergar acerca de que el Parlamento está facultado para operar normativamente en la materia electoral. Así es; tal y como establece el artículo 46 del Estatuto, son competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la “organización y estructura de sus instituciones de autogobierno” (1ª) y, más específicamente, las “normas y procedimientos electorales para su constitución, en el marco del régimen electoral general” (2ª). Límite del régimen electoral general al que hay que añadir, lógicamente, los derivados directamente de la Constitución, como la exigencia de respetar el contenido esencial de los derechos fun-

---

<sup>11</sup> *DSPA* Plenos 127, 14 de septiembre de 2011.

<sup>12</sup> En última instancia, las discrepancias que pudiera haber al respecto entre la Mesa y el Consejo de Gobierno serán resueltas por el Pleno de la Cámara (art. 124.4).

damentales de participación política y de acceso a los cargos públicos (STC 225/1998, FJ 4º). Es sumamente difícil, sin embargo, apreciar en el presente supuesto la eventual quiebra del contenido esencial de tales derechos, dado el amplio margen de maniobra que la jurisprudencia constitucional suele reconocer al legislador en su delimitación, en consonancia con la naturaleza de derechos de configuración legal que caracterizan a los consagrados en el artículo 23 de la Constitución.

Pero, aun en el supuesto de que la proposición de ley proyectase alguna sombra en torno a su adecuación a la Constitución, difícilmente podía la Mesa tomar otra decisión que la efectivamente adoptada. Bastará recordar al respecto el ATC 85/2006, que rechazó el recurso de amparo presentado contra el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de calificar favorablemente la tramitación de la Propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña. Parece evidente que la argumentación sostenida en su fundamento jurídico segundo puede extenderse, *mutatis mutandis*, al caso que ahora nos ocupa: “En cuanto a que el procedimiento legislativo aplicable deba ser el de reforma de la Constitución, ello supone alterar la índole de la norma sometida al debate parlamentario. Lo que no es factible, no existiendo base normativa alguna para sostener que un proyecto de Estatuto de Autonomía se tramite como reforma de la Constitución. Las eventuales lesiones producidas, en su caso, por un Estatuto inconstitucional, no alteran su carácter normativo, ni confieren al Estatuto así resultante virtualidad modificativa de la Constitución, que en todo caso subsistiría incólume, sino que lo que determinan es la nulidad de un Estatuto tal, susceptible de ser declarada a través del correspondiente recurso o cuestión de inconstitucional”.

Manuel Medina Guerrero



# DOCUMENTOS Y CRÓNICAS





# Régimen Jurídico-Administrativo de la tutela asistencial de menores y de los Centros de Protección<sup>1</sup>

*María Luisa Roca Fernández-Castanys*

Profesora Contratada Doctora de Derecho administrativo  
Universidad de Almería

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN; 2. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES: TUTELA AUTOMÁTICA *VERSUS* GUARDA: 2.1. El desamparo como concepto jurídico indeterminado; 2.2. Los presupuestos del desamparo: a) Elemento objetivo: la desprotección del menor; b) Elemento subjetivo: incumplimiento de los deberes de protección; c) Nexo causal.; 3. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL: 3.1. Consideraciones previas; 3.2. Los centros de protección de menores; 3.2.1. Concepto, clases y requisitos; 3.2.1.1. Concepto; 3.2.1.2. Clases; 3.2.1.3. Requisitos: A. Materiales; B. Funcionales; C. Requisitos previos: la autorización y la inscripción; D. La habilitación y el convenio de colaboración; a) La habilitación; b) El convenio de colaboración; 4. RÉGIMEN SANCIONADOR: 4.1. La inspección de los centros; 4.2. Infracciones y sanciones. 5. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

En España existen en la actualidad entre 33.000 y 38.000<sup>2</sup> niños tutelados por la Administración Pública, ostentando nuestro país el dudoso honor de li-

<sup>1</sup> Este artículo se realiza en el marco del proyecto de investigación del MICI “Políticas Jurídicas sobre el menor” (SEJ 2007-67096), del que es Investigadora Principal, la Pfra. Dra. M<sup>a</sup> Belén Sáinz-Cantero Caparrós, Profesora de la UAL.

<sup>2</sup> No existen datos exactos sobre el número de menores tutelados. Precisamente, una de las principales denuncias de los agentes implicados en la protección de menores, es la falta de una información estadística actualizada y fidedigna al respecto. A tal fin, el Informe de la Comisión Especial del Senado para el Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (2010), propone la implantación a nivel nacional de un *Sistema de evaluación y registro en acogimiento residencial (SERAR)*, como instrumento fundamental para el seguimiento individualizado de cada menor (este Informe está publicado en el BOCG-S, de 17 de noviembre de 2010, pág. 52).

derar el número de menores institucionalizados en Europa occidental<sup>3</sup>. Las precarias condiciones de vida de los menores ingresados en alguno de estos centros se pusieron en evidencia hace unos años a raíz un Informe especial del Defensor del Pueblo<sup>4</sup> en el que se denunciaba una “realidad extremadamente dura, dolorosa y compleja” que, según apunta, alcanza “límites inesperados”. A lo largo de sus casi cuatrocientas páginas, el lector asiste, sobrecogido, a la constatación de una realidad que resulta tanto más dolorosa por cuanto sus víctimas son aquéllos “que no pueden gritar”<sup>5</sup>. Los datos que ofrece exigen respuesta inmediata en la que, como no podía ser de otra manera, los poderes públicos y, en particular, la Administración, deben jugar un papel fundamental<sup>6</sup>.

Las reflexiones que preceden justifican el por qué de este trabajo. La concreción del marco jurídico de los centros de protección de menores resulta imprescindible para saber si existen en nuestro país los resortes adecuados para la debida protección de los intereses de este frágil colectivo. El propósito de esta investigación es analizar su régimen jurídico-administrativo dejando a un lado otros problemas que encuentran su sede en otras ramas del Derecho como el

---

<sup>3</sup> Diario “El País” de 18 de julio. Disponible en su versión digital en: [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Senado/propone/sacar/pequenos/centros/tutelas/elpepisoc/20101018elpepisoc\\_2/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Senado/propone/sacar/pequenos/centros/tutelas/elpepisoc/20101018elpepisoc_2/Tes)

<sup>4</sup> Defensor del Pueblo (2009), *Informes, Estudios y Documentos. Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. Disponible a texto completo en [http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/centros\\_menores\\_problemas\\_conducta.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/centros_menores_problemas_conducta.pdf)

<sup>5</sup> Tal fue la gráfica expresión utilizada por el portavoz del Grupo Socialista, Sr. Valls García, en su intervención en la Comisión de Justicia e Interior que debía debatir el Proyecto de Ley de protección del menor (DSCD núm. 593, de 18 de octubre de 1995, pág. 18081)

<sup>6</sup> Como señaló el Defensor del Menor de Andalucía en su Informe Especial *Sistema de protección de menores y acogimiento residencia. Tomo I* (1999), “las Administraciones tienen la responsabilidad de liderar las actuaciones encaminadas a la protección de los menores y preservarlos de los estados de fragilidad familiar y social; deben promover conductas sociales e institucionales orientadas en beneficio del correcto desarrollo de los menores; y deben destinar el máximo de los recursos de que dispongan en lograr la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños”. Este informe está disponible a texto completo en la URL: [http://www.defensor-and.es/informes\\_y\\_publicaciones/informes\\_estudios\\_y\\_resoluciones/informes\\_defensor\\_del\\_menor/informe\\_0000/descargas/TOMO1.DOC](http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_defensor_del_menor/informe_0000/descargas/TOMO1.DOC).

Sobre el papel de las Administraciones Públicas en la protección de menores, *vid.* DE PALMA DEL TESO, A. (2004): “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las Administraciones Públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, *Cuadernos de Derecho Local* núm. 4, págs.103-138.

civil, el penal o el procesal. Por lo demás, una elemental prudencia científica aconseja –habida cuenta la proliferación normativa presente en esta materia– limitar el análisis al ámbito andaluz, sin perjuicio de las ineludibles referencias al ordenamiento estatal<sup>7</sup>.

## 2. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES: TUTELA AUTOMÁTICA *VERSUS* GUARDA

A la hora de abordar el estudio de esta materia es preciso hacer una primera constatación, y es que no puede olvidarse –como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina– que la actuación de la Administración en este ámbito es residual o subsidiaria<sup>8</sup> (“ultima ratio”), es decir, se trata de una actuación “*in extremis*” en cuanto los mecanismos públicos de protección se activen cuando fallan o no funcionan adecuadamente los resortes “naturales”<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> A la fecha de redacción de este trabajo se está discutiendo la reforma de la legislación de protección de menores, encontrándose en tramitación sendos anteproyectos que introducen importantes novedades en las principales leyes estatales en la materia, a saber, La Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica al menor, el Código Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>8</sup> Declarada la situación de desamparo, la Administración debe adoptar las medidas que sean precisas para proteger a los menores con la mayor celeridad.

Desde este punto de vista, algunos autores afirman que la intervención de la Administración “no es subsidiaria”, porque debe actuar necesariamente (así, *vid.* VARGAS CABRERA, B. (1994); *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Comares, Granada). Sin embargo, debe puntualizarse que cuando se dice que la actuación de la Administración es subsidiaria, debe entenderse que se hace referencia a que ésta sólo entra en juego cuando los demás mecanismos fallan. En caso de que existiese familia extensa que pudiera hacerse cargo del menor desamparado, no procederá la asunción de la tutela por la Administración, sino el llamamiento del familiar obligado conforme a las reglas de la tutela ordinaria, pues como señala el art. 239 del Cc.: “La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

<sup>9</sup> El papel del Estado como garante último de los derechos de los menores se ha puesto de manifiesto por SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>a</sup> B. y PARDO MARTÍNEZ, E. (2010): *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*. Comares, Granada, págs. 10 y 22. Por su parte, el papel de la familia como institución al servicio de sus miembros se destaca por ALEMÁN BRACHO, C. (2005), en su artículo “La familia, prestadora y destinataria de prestaciones”, *Documentación Administrativa* núm. 271-272, pág. 241. *Vid.* también VIVANCOS SÁNCHEZ, M. (2001), “Constitución de la tutela automática” (Ref. La Ley 1959/2001): pág. 1.

Partiendo de esta idea, resulta que el Código Civil (en adelante, Cc) no diferencia con nitidez los distintos regímenes de protección de los menores<sup>10</sup>. En efecto, la sección 1ª del capítulo V, del Título VII del Libro Primero, induce a confusión en cuanto su título es “De la guarda y acogimiento de menores”, ya que, además de la guarda y el acogimiento, regula también la tutela, con lo cual se acaba mezclando lo que son regímenes de protección (tutela y guarda) con lo que son medidas de protección (acogimiento e internamiento).

En una rápida aproximación al tema y con entera independencia de lo que después, a mayor abundamiento, se dirá, puede afirmarse que la tutela *ex lege* procede respecto de aquéllos menores que se encuentran en situación de desamparo, mientras que la guarda aparece prevista para cuando quienes tienen potestad sobre el menor justifiquen no poder atenderlo por alguna circunstancia grave o cuando así lo acuerde un juez<sup>11</sup>. Tras la reforma del art. 172 del Cc por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en lo sucesivo, LPOM) desaparece<sup>12</sup> la distinción que se recogía en su apartado segundo —a la hora de solicitar la constitución de la guarda— entre “enfermedad u otras circunstancias graves” y que, con razón, tan criticada había sido por algún autor<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Esta falta de precisión se ha denunciado por diversos autores, así, entre otros, EGEA FERNÁNDEZ, J. (1993), “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Tecnos, Madrid, pág. 88; RODRÍGUEZ SOL, L., (1993), “La protección y acogimiento de menores en el Derecho español”, (Ref. La Ley 13787), pág. 9 o BENITO ALONSO, F. (2001): “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda” (Ref. La Ley 11848/2001).

<sup>11</sup> De los datos reflejados en el *Boletín Estadístico de Protección a la Infancia 2009*, elaborado por la Dirección General de Familias y la Infancia, resulta que el número y tasa de niños bajo tutela varía mucho de unas comunidades autónomas a otras. La tasa nacional de niños tutelados es de 382 por cada cien mil menores de 18 años. Ceuta y Melilla se encuentran muy por encima de la media nacional, seguidas de Murcia, Cataluña, Asturias y Andalucía que, a pesar de estar por encima de la media, tienen una tasa más moderada. En el extremo opuesto se encuentran la Navarra, Aragón, Castilla y León, Extremadura y Castilla La Mancha que no llegan a una tasa de 220 por cien mil.

<sup>12</sup> Es el caso de Andalucía. *Vid.* art. 37.1 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero (BOJA núm. 20, de 16 de febrero), que regula el Régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa en esta Comunidad.

<sup>13</sup> *Cf.* LLEBARÍA SAMPER, S. (1990): *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*. Bosch, Barcelona, pág. 77 y ss.

La tutela presupone la guarda, es decir, desde el momento en que se constituye, el ente público asume las funciones que integran la patria potestad (art. 172.1 Cc). En cambio, la guarda no implica aquélla, pues, en este caso, el ente público asume únicamente el ejercicio de las funciones personales respecto del menor, pero no su tutela<sup>14</sup>. Dicho de otro modo: en la guarda se confía transitoriamente a la entidad pública *el ejercicio* de los poderes paternos, pero sin sustituirlos. Pero eso no es todo, tutela automática y guarda conllevan la adopción de medidas de distinto grado e intensidad<sup>15</sup>, lo que justifica deban deslindarse cuidadosamente los supuestos en los que proceden. En esta labor, podrá comprobarse que el desamparo<sup>16</sup> aparece como concepto clave que conviene analizar con detenimiento. Veámoslo.

### 2.1. El desamparo como concepto jurídico indeterminado

El artículo 172 C. caracteriza el desamparo<sup>17</sup> como la situación que se produce “de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. *A sensu contrario*, no hay desamparo sino simple “riesgo”<sup>18</sup> cuando

---

<sup>14</sup> Como señala LLEBARÍA SAMPER, S. (1990), pág. 95 “no debe confundirse lo que es la titularidad de la guarda –asumida conforme al art. 172.1 o 2- con lo que supone el ejercicio de la misma (...). Por tanto, estamos examinando cómo se ejerce la guarda de la que ya es titular la entidad pública, bien por quedar aquélla embebida en el cargo tutelar que asume con respecto del menor desamparado (art. 172.1), bien por serle solicitada y conferida dicha guarda por quien proceda, u ordenada por el juez (172.2)”.

<sup>15</sup> DE PALMA DEL TESO (2004), pág. 105 habla de “subsidiariedad progresiva”.

<sup>16</sup> Sobre el concepto de desamparo, *vid.* BENITO ALONSO, F. (2001).

<sup>17</sup> Como precisa, entre otras, la SAP de Baleares 111/2005 de 11 marzo (Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez) el concepto de desamparo es gramaticalmente más amplio que el anterior de “abandono”, lo que confiere al órgano administrativo mayores posibilidades interpretativas.

<sup>18</sup> La Exposición de Motivos de la LOPM califica esta distinción de “innovadora”, de manera que riesgo y desamparo dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. En las situaciones de riesgo –caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar- la intervención de la Administración se dirige a eliminar, dentro de la institución familiar, los factores que causan dicho perjuicio y que suponen un atentado al desarrollo personal o social del menor. En cambio, en las de desamparo, la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, asumiendo la entidad pública la tutela del menor con la subsiguiente suspensión de la patria potestad ordinaria.

Sobre la protección de los menores en situación de riesgo, *vid.* MARTÍNEZ PIERA, E. (2010): “Reflexiones en torno a la intervención de los poderes públicos para la protección e inserción de los menores” (Ref. La Ley 7976/2010).

existen carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas que los menores precisan para su correcto desarrollo físico, psíquico o social que no requieren su separación del medio familiar. Este concepto se introdujo por la LOPM, configurándose como una figura independiente de carácter preventivo<sup>19</sup> ya que, detectada la situación de riesgo, lo que procede es la adopción de las medidas que lo eliminen impidiendo que llegue a tornarse en desamparo, para lo cual la entidad pública competente pondrá en marcha las actuaciones pertinentes en la propia familia del a través de distintas medidas (económicas, formativas...<sup>20</sup>) realizando después el seguimiento de la evolución del menor<sup>21</sup>.

En consecuencia, a diferencia de las situaciones de riesgo, el desamparo se refiere a aquellas otras de gravedad bastante que justifican una intervención drástica para separar al menor –al menos temporalmente<sup>22</sup>– del entorno fa-

---

<sup>19</sup> El déficit de figuras preventivas de protección a los menores se destacó por la Sra. Ministra de Asuntos Sociales (Alberdi Alonso) en su comparecencia en el Congreso para analizar el Proyecto de LOPM (DSCD núm. 172, de 28 de septiembre de 1995).

<sup>20</sup> Como señala la SAP de Baleares 111/2005 de 11 marzo, en estos casos, “la entidad pública competente pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducir la situación intentando eliminar los factores de riesgo actuando en la propia familia del menor a través de medidas de apoyo o ayuda familiar; medidas económicas, cuando la causa determinante de riesgo proceda de carencias o insuficiencias de recursos de esta clase; prestaciones de tipo formativo o psicosocial, con la finalidad de mantener el hogar familiar como soporte básico y facilitar su normal integración social; medidas técnicas, a través de actuaciones profesionales, para restablecer y facilitar el adecuado ejercicio de las funciones parentales, mejorando las relaciones socio-familiares y promoviendo el desarrollo y bienestar del menor”.

<sup>21</sup> *Vid.* Art. 22.2 de la Ley 1/1998, de 20 de abril.

Dentro de las situaciones de riesgo podrían incluirse –con las diferencias derivadas de sus propias particularidades- los menores en situación de “conflicto social” entendiéndose por tales aquellas situaciones en las que a causa de la inadaptación grave de los menores éstos podrían llegar a causar perjuicios a sí mismos o a otras personas. En tales casos, como señalan SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>a</sup> B. y PARDO MARTÍNEZ, E. (2010), pág. 34, la Administración debe adoptar las medidas que permitan poner fin a la situación de inadaptación, marginación o exclusión social de estos menores pero “sin adoptar medidas de reforma” (ya que se trata de menores que no han cometido ningún ilícito penal). La opción preferente será, como señalan las autoras citadas, el mantenimiento del menor en su familia de origen o por lo menos, el acogimiento en una familia (con experiencia en el tratamiento de estos menores) sin que pueda descartarse el acogimiento residencial siempre que el centro cuente con otros menores de características similares, esté especializado y cuente con programas apropiados para su perfil.

<sup>22</sup> Como hacen notar SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>a</sup> B. y PARDO MARTÍNEZ, E. (2010), pág. 28, “lo normal es que tal separación sea temporal, aunque en ocasiones puede ser definitiva porque se entienda que, atendidas las circunstancias personales, familiares y sociales del menor, lo más aconsejable sea la adopción del acogimiento familiar permanente o preadoptivo”.

miliar en que se halla con asunción de la tutela por parte de la entidad pública competente, haciendo tránsito –si así conviene a su interés– a su definitiva inserción en un núcleo familiar distinto al suyo. Con todo, el fin último que debe inspirar la actuación administrativa es el bienestar del menor, de manera que, una vez estabilizada y normalizada la situación familiar que provocó la declaración de desamparo, deberá procurarse su retorno a su familia sin que el hallazgo de una familia ideal se contraponga a la posibilidad de reinserción del menor en su familia original.

No obstante, la diferencia entre situación de desamparo y de riesgo no aparece siempre clara –o, al menos, no tanto como sería conveniente– por lo que son los Tribunales los que, en última instancia, en un intento de reducir las zonas de penumbra y de hacer operativa la norma, quienes decidirán cuando estamos en presencia de una u otra<sup>23</sup>.

## 2.2. Los presupuestos del desamparo

De lo dicho hasta ahora<sup>24</sup> puede deducirse que el desamparo es un concepto relativamente indeterminado cuyo grado de concreción vendrá dado en contemplación del análisis circunstanciado de cada caso concreto. Sin embargo, de lo dispuesto en el Cc, de las aportaciones doctrinales y del contenido de distintos pronunciamientos jurisprudenciales, pueden deducirse las notas que lo singularizan.

En primer lugar, no hay duda de que, tal y como aparece configurado en la actualidad, el desamparo es una *situación de hecho* [SAP de Baleares 111/2005, de 11 de marzo<sup>25</sup>; SAP Cantabria 52/2003, de 4 de febrero<sup>26</sup>; SAP de Valen-

---

Sobre los supuestos en los que puede estar justificada la prórroga del acogimiento, la constitución de la tutela *ex lege* o el retorno del menor con su familia, puede verse el trabajo de CORRAL GARCÍA, E. (2003): “El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia” (Ref. Aranzadi BIB 2003\1118).

<sup>23</sup> Así lo pone de manifiesto ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2009): “Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros tribunales” (Ref. La Ley 12141/2009), pág. 2.

<sup>24</sup> Vid. DE PABLO CONTRERAS, P (1993): “Comentario al artículo 172 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Tecnos, Madrid, pág. 40 y ss. Vid. También ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2009), pág. 2.

<sup>25</sup> Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

<sup>26</sup> Ponente, Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera El artículo 20 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, de Régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía así lo recoge de forma explícita al señalar que “se considerará situación de desamparo la que se pro-

cia 359/2004 de 7 junio<sup>27</sup>] que, como tal, habrá de apreciarse por el órgano administrativo competente, y, por ende y a diferencia de la regulación anterior<sup>28</sup>, sin necesidad de pronunciamiento judicial. Así caracterizado, el desamparo no presupone que el menor carezca de personas que ejerzan la patria potestad o tutela, pues, como se apuntó más arriba y se destaca por la doctrina<sup>29</sup>, los regímenes públicos de protección se activan, precisamente, cuando los mecanismos ordinarios fallan o no funcionan adecuadamente. Por tanto, el desamparo no procede únicamente respecto de los menores que carezcan de padres o tutores sino también, cuando teniéndolos, éstos no cumplan adecuadamente las funciones de protección que les corresponden.

Los requisitos para que una situación pueda calificarse de desamparo se reconducen a tres: a) uno objetivo: que el menor no tenga cubiertas sus necesidades mínimas (materiales y morales) conforme a niveles común y socialmente aceptados; b) otro subjetivo: que ello sea consecuencia del incumplimiento o inadecuado cumplimiento por parte de los progenitores o tutores de sus deberes de protección; y, finalmente, c) un nexo necesario entre el incumplimiento de los deberes de protección y la inasistencia material y/o moral al menor.

Veamos, brevemente, cada uno de los requisitos apuntados.

### **a) Elemento objetivo: desprotección del menor**

El primero de los requisitos para que pueda hablarse de desamparo es la privación de la asistencia al menor. La jurisprudencia ha subrayado [Auto de la AP de Sevilla de 23 de noviembre de 1999<sup>30</sup>] que éste es el elemento deter-

---

duce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

<sup>27</sup> Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España

<sup>28</sup> Como aclara la SAP de Baleares (Sección 3ª) 111/2005 de 11 marzo (Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez), el antiguo abandono tenía la tacha de culpabilidad de quien abandonaba, requería resolución judicial y el transcurso de cierto lapso de tiempo. La reforma de 1987, pretende agilizar los procedimientos de protección al permitir la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente en los casos de grave desprotección.

<sup>29</sup> En este sentido, *vid.* ESPIAU ESPIAU, S. (1999): “La situación de desamparo y las medidas de protección”, en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A. (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Marcial Pons, Madrid, pág. 77 y ss.

<sup>30</sup> Ponente Ilma. Sra. María del Rosario Martín Rodríguez



minante, puesto que el desamparo se concreta en un resultado: la desprotección del menor de edad. Es indiferente cuáles hayan sido las causas que la hayan provocado, de manera que se produce tanto si incide en la esfera material (alimentos) como en la esfera moral (afectividad o relaciones personales).

### **b) Elemento subjetivo: incumplimiento de los deberes de protección**

En cuanto al elemento subjetivo, los deberes de protección a los que se viene haciendo referencia son los establecidos por las leyes para la guarda de los menores, es decir, los relativos a la esfera personal del menor que integran el contenido moral de la patria potestad (arts. 154 y 269 Cc), a saber: velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo y educarlo procurándole una formación integral. Como se ha anticipado, el incumplimiento de tales deberes se produce no sólo en los casos de un abandono absoluto del menor –de manera que carezca de personas que se hagan cargo de él– sino que comprende también aquellos supuestos en que existiendo, incumplan sus deberes, los ejerzan inadecuadamente o están imposibilitados para llevarlos a cabo, siendo indiferente las circunstancias que provocan esta situación. [SAP de Baleares 111/2005, de 11 de marzo<sup>31</sup>; SAP Cantabria 52/2003, de 4 de febrero<sup>32</sup>; Auto de la AP de Sevilla de 23 de noviembre de 1999<sup>33</sup>; Auto de la AP de Cádiz de 19 de mayo de 2001<sup>34</sup>].

### **c) Nexo causal**

El último de los requisitos que vienen exigiéndose para que surja el desamparo es que la desprotección del menor sea consecuencia directa del incumplimiento de los deberes tuitivos de los representantes legales, con independencia de que dicho incumplimiento sea voluntario, involuntario o negligente [(SAP de Cantabria 52/2003, de 4 de febrero<sup>35</sup>)]. De no venir originada la situación de privación de asistencia por la conducta incumplidora de los padres o guardadores, no resultarían de aplicación las previsiones del art. 172.1 Cc.

---

<sup>31</sup> Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

<sup>32</sup> Ponente, Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera

<sup>33</sup> Ponente Illma. Sra. María del Rosario Martín Rodríguez

<sup>34</sup> Ponente Ilmo. Sr. José M<sup>o</sup> Pacheco Aguilera.

<sup>35</sup> Ponente, Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera.

Dicho esto, debe puntualizarse que el desamparo no es un concepto cerrado que pueda determinarse apriorísticamente. El propio interés del menor aconseja que así sea. Precisamente la conveniencia de no cerrar la puerta a una actividad protectora de la Administración –atada en sus posibilidades de actuación por una enumeración cerrada– fue el motivo que impidió que, en el proceso de discusión de la LOPM, prosperara la enmienda del Grupo Federal IU–IC en la que se proponía una enumeración de las situaciones de desamparo<sup>36</sup>. Como ha resaltado el Defensor del Pueblo, es preciso adoptar un punto de vista flexible admitiendo la posibilidad de que ésta se produzca aún cuando no esté presente alguno de los elementos anteriormente apuntados<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> En particular, el texto de esta enmienda–la número 17 (BOCG núm. 117, de 22 de septiembre), pág. 31– era el siguiente “Se considerará situación de desamparo. a) Cuando falten las personas físicas o jurídicas a las cuales por ley corresponde la responsabilidad parental o, cuando existiendo, estén imposibilitadas para ejercerla o en situación de ejercerla con grave riesgo para el menor; b) Cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de la responsabilidad parental y de las obligaciones establecidas por la Ley que puedan afectar al desarrollo integral del menor; c) Cuando el menor presente signos de malos tratos físicos o psíquicos, abusos sexuales, explotación o cualesquiera otros de naturaleza análoga”

Con todo, algunas Comunidades Autónomas se resisten a no realizar una enumeración de supuestos. En el caso de Andalucía, el artículo 23 de la LMA recoge as siguientes: a) el abandono voluntario del menor por parte de su familia; b) la ausencia de escolarización; c) la existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales; d) la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza; e) la drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o tolerancia de los padres o guardadores; f) el trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda; g) la drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor; h) la convivencia en un entorno social-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad; i) la falta de personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando éstas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor.

Algunos autores consideran adecuada la enumeración de las causas que pueden dar lugar al desamparo habida cuenta del carácter excepcional de esta medida. En esta línea vid. MURILLOS ESCUDERO, J.M. (2003): “Notas a la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor, de la Comunidad Autónoma de la Rioja” (Ref. Aranzadi BIB 2003\418).

<sup>37</sup> Para el Defensor del Pueblo debe primar el análisis sociológico sobre la visión conceptualista, existiendo supuestos en los que, pese a no concurrir el elemento objetivo, debe entenderse que el menor se encuentra desamparado. Así ocurre, por ejemplo, si en el momento del nacimiento el personal del Centro Sanitario aprecia que los padres no reúnen las condiciones precisas para hacerse cargo del menor. En tal caso, aún no habiéndose producido de hecho la desprotección, la Administración podría iniciar el procedimiento que concluyese con la correspondiente declaración de desamparo. *Vid.*, Defensor del Pueblo (2009), pág. 64.

De apreciarse, la entidad pública no sólo estará autorizada sino legalmente obligada a declarar la situación de desamparo asumiendo, sin posibilidad de excusa, la tutela automática del menor<sup>38</sup> y quedando en suspenso la patria potestad o tutela ordinaria, de manera que los padres o tutores quedarán provisionalmente privados de las facultades que les corresponden respecto de éste. Dicho de otro modo: apreciada la situación de desamparo –con la gravedad que comporta– el órgano administrativo –tras la correspondiente declaración– deberá asumir la tutela del menor, con la consecuencia inmediata de que – al menos provisionalmente– los padres o tutores verán suspendidas sus funciones<sup>39</sup>.

En caso de urgencia, la Administración podrá adoptar, como medida cautelar, una “declaración provisional de desamparo”, sin necesidad, por tanto, de esperar a la finalización del correspondiente procedimiento en que se declare formalmente<sup>40</sup>. Debe entenderse que esta suspensión se extiende tanto a los aspectos personales como patrimoniales, de manera que la potestad tuitiva del Ente público abarca tanto unos como otros

Antes de la reforma del artículo 172 Cc por la LOPM la doctrina había venido discutiendo si era lícito afirmar que la constitución de la tutela automática comportaba la suspensión de de la patria potestad o tutela ordinaria. Para DE PABLO CONTRERAS<sup>41</sup>, de ninguno de los preceptos del Código podía extraerse tal consecuencia. Sin embargo, en la actualidad, tras la citada reforma,

---

<sup>38</sup> En el caso de Andalucía, la competencia para apreciar y declarar la situación de desamparo corresponde a la Comisión Provincial de Medidas de Protección, órgano colegiado existente en cada una de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, ente público a quien corresponde la competencia en materia de menores en el ámbito territorial andaluz (vid. arts. 50 y 52 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, regulador del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa).

<sup>39</sup> Los múltiples problemas que se plantean en relación con la posible impugnación por los padres o tutores de la declaración de desamparo se han puesto de manifiesto por OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (2005) en su trabajo “En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores” (Ref. La Ley 1808/2006).

<sup>40</sup> En Andalucía, el art. 32 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero (BOJA núm. 20, de 16 de febrero), que regula el Régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa en Andalucía, dispone que: “Cuando existan circunstancias que pongan en grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores, se podrá declarar como medida cautelar, la declaración de desamparo por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores”.

<sup>41</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (1993), pág. 38.

la cuestión ha quedado zanjada no existiendo dudas de que la constitución de la tutela automática conlleva tal consecuencia pues, como claramente indica el último párrafo del apartado primero del artículo 172: “La asunción de la tutela atribuida por la autoridad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria”, lo que, como puso de manifiesto la propia Ministra de Asuntos Sociales en el acto de defensa del Proyecto en el Congreso de los Diputados<sup>42</sup>, constituye una medida de gran operatividad, pues, hasta su introducción, la Entidad pública tenía muy limitado su cambio de actuación debido a las interferencias de los padres que mantenían la patria potestad.

Cuestión distinta –e incontrovertida– es que la constitución de la tutela *ex lege* no produce *per se* la extinción de la patria potestad o tutela, siendo necesario para ello la correspondiente intervención judicial.

Ahora bien, pese al automatismo que debe presidir la actuación administrativa en estos casos, la evidente gravedad de las consecuencias que comporta calificación de una situación como desamparo determina que la calificación deba hacerse restrictivamente [SAP de Valencia 359/2004, de 7 de junio<sup>43</sup>] buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, huelga subrayar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego como los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas.

Por lo demás, no hay duda que la *tutela ex lege* es una verdadera potestad administrativa en la que concurren todos los requisitos que le son propios. Es, además, una “potestad función” cuanto se ejerce en un interés ajeno al del titular (en este caso, el de los menores)<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> DSCD núm. 172, de 28 de septiembre de 1995.

<sup>43</sup> Ponente Ilmo. Sr. Enrique de Motta García-España.

<sup>44</sup> En efecto, siguiendo a los Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1993), *Curso de Derecho administrativo*. Civitas, Madrid, págs. 430 y 431, resulta que en la tutela *ex lege* concurren todas las notas que son propias de las potestades administrativas, a saber: a) No se genera en relación jurídica alguna, sino que procede directamente del ordenamiento jurídico; b) No recae sobre ningún objeto específico, sino que tiene carácter genérico; c) No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde, eventualmente, pueden surgir, como una consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas; d) No se corresponde con ningún deber, positivo o negativo, sino con una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar los efectos derivados del ejercicio de la potestad.

### III. EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

#### 3.1. Consideraciones previas

Tanto la tutela como la guarda implican la separación del menor de las personas con las que convivía y pueden articularse mediante el acogimiento familiar o mediante internamiento en un centro residencial (“institucionalización”) Esta última opción es, si se me permite la expresión, “la última de las últimas medidas”, ya que sólo procederá cuando no sea posible o recomendable el acogimiento familiar<sup>45</sup>, de manera que, como establece la normativa de menores y reiteradamente señala la jurisprudencia<sup>46</sup> “asumida por la entidad pública la tutela (...) el acogimiento familiar provisional es una de las modalidades más indicadas de su ejercicio, puesto que evita el ingreso en una institución”, sin que con ello quiera decirse que, por excepción, en determinados supuestos (menores cercanos a la mayoría de edad, con trastornos graves de conducta, problemas de salud, o grupos de hermanos numerosos), pueda resultar más beneficioso para el menor su ingreso en un centro residencial<sup>47</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que, a día de hoy, es una realidad que el acogimiento residencial tiene una *ratio* de aplicación bastante más alta que el aco-

---

<sup>45</sup> La subsidiariedad del acogimiento residencial frente al familiar está presente en todas las normas sobre esta materia, así *vid.* Art. 36 de la LMA; el Preámbulo del Decreto 355/2003, de 26 de diciembre (BOJA núm. 245, de 22 de diciembre), que regula el Acogimiento residencial de menores donde se subraya que el internamiento en un centro de protección aparece previsto como una alternativa al acogimiento familiar o su art. 3.2.

El anteproyecto de ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia prevé una modificación del art. 172 del Cc en el que se prevé el acogimiento familiar como regla general y, en particular, en aquellos casos en que se trate de menores de 6 años. Los menores de 3, no ingresarán en centros de protección salvo “imposibilidad debidamente acreditada de adoptar otra medida de protección”.

<sup>46</sup> SAP de Cantabria 52/2003, de 4 de febrero.

<sup>47</sup> En esta línea, señalan BRAVO, A. y DEL VALLE F. J. (2009): “Crisis y revisión del acogimiento residencial y su papel en la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 30 (I), pág. 42 que “la función que cumple en la actualidad esta medida protectora difícilmente pudiera ser cubierta por alternativas familiares. Por una lado, debido a la complejidad de las necesidades de estos jóvenes que requieren atención especializada y, por otro, por la dificultad que entrañaría encontrar familias acogedoras que posean un suficiente nivel de capacitación, formación y dedicación para cubrir las necesidades de estos menores”.

gimiento familiar, de manera que el número de niños ingresados en un centro de protección es notablemente superior al de los acogidos en familias<sup>48</sup>.

Llegamos, así, al núcleo central de este trabajo cuyo propósito, como se anticipaba al inicio del mismo, no es otro que esbozar el régimen jurídico administrativo de los centros de protección de menores.

### 3.2. Los centros de protección de menores

Hasta hace muy poco la doctrina había prestado escasa atención a los problemas que planteaba la vertiente administrativa de la guarda administrativa y la tutela *ex lege*. Con contadas excepciones<sup>49</sup>, la mayor parte de los estudios se habían venido realizando desde una óptica iusprivatista<sup>50</sup>.

El cambio de siglo trae consigo valiosas aportaciones que denuncian la exigua regulación de determinados aspectos<sup>51</sup>, cuya trascendencia resultaba indudable para la lograr una protección efectiva y de calidad de los menores ingresados. Poco se había escrito sobre el procedimiento (administrativo) de de-

---

<sup>48</sup> De los datos recogidos en el último *Boletín Estadístico de Protección a la Infancia*, en el año 2006 hubo 10.621 altas en acogimiento residencial y tan sólo 3.399 en acogimientos familiares.

<sup>49</sup> *Vid.*, TOLIVAR ALAS, L. (1991): “Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores”, *Revista de Administración Pública* núm. 124, págs. 35-63.

<sup>50</sup> Centrados, por tanto, en analizar la naturaleza jurídica de este peculiar régimen de protección con el fin de determinar en qué medida le resultarían aplicables las previsiones sobre la tutela ordinaria y –supuesta dicha aplicación– los modos en que debería modularse –en su caso– para adaptarla a la diferente realidad que ésta implica. No hay duda, como hace ya años pusiera de manifiesto TOLIVAR ALAS, L. (1991); pág. 35, que “la raíz de la cuestión viene situándose en el campo civil y sus aspectos más frondosos en la concreta rama del Derecho de familia”, si bien, como advierte el propio autor “junto a esta perspectiva iusprivatista debemos advertir la función coadyuvante de otros ordenamientos”, entre los que cita el penal, el laboral y, como no, el administrativo

<sup>51</sup> Ya a finales de los noventa, VILLA RUBIO, M. (1999): “Protección de menores desamparados”, en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A., (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Marcial Pons, Madrid, pág. 69, constataba esta carencia advirtiendo que “las garantías asistenciales, o de prestación de servicios sociales, tampoco aparecen suficientemente reguladas ni aseguradas, aunque estén garantizadas constitucionalmente como principio rector de la política social y económica”.

Entre los trabajos centrados en los aspectos administrativos del problema pueden citarse el de DE PALMA DEL TESO, A (2006): *Administraciones públicas y protección de la infancia*. INAP, Madrid, y más recientemente el ya citado de SÁINZ CANTERO, M<sup>a</sup> B. y PARDO MARTÍNEZ, E. (2010).

claración de desamparo, y menos (o nada) aparecía previsto en relación con el régimen jurídico de los centros de protección.

La escasez de aportaciones puede achacarse a la precariedad normativa: ninguna regulación de detalle sobre estos centros se contiene la normativa estatal<sup>52</sup> y la actuación del legislador regional –competente en la materia– se produce con un sorprendente –e injustificado– retraso<sup>53</sup>, de manera que las primeras normas en las que se regulan los distintos aspectos relacionados con el régimen jurídico administrativo de estos centros se publican a retortero de las denuncias sobre los desajustes de la regulación existente que se percibe como desfasada y palmariamente insuficiente<sup>54</sup> para hacer frente a las nuevas necesidades sociales<sup>55</sup>.

En la Comunidad Autónoma Andaluza, la estructura normativa se ha ido construyendo poco a poco, a partir de la LOPM, dando lugar a una intrincada red de disposiciones<sup>56</sup>.

En primer lugar, encontramos la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>57</sup>, la Ley 2/1988, de 4 de Abril, de Servicios

---

<sup>52</sup> La Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley Orgánica complementaria al Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia, denuncia, en particular, el déficit normativo existente en relación con los centros de menores con dificultades e adaptación o trastornos de conducta.

<sup>53</sup> Idéntica demora denuncia en la normativa reguladora de los centros residenciales para personas mayores FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2007): en su excelente trabajo “Los centros residenciales para personas mayores, especial referencia a Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 67, pág. 21 y ss.

<sup>54</sup> En 1999, el *Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento sobre el Sistema de Protección de Menores* (Tomo I), destacaba la importancia de acometer el desarrollo reglamentario de la LMA, desarrollo del que dependía su efectividad habida cuenta “la dificultad de aplicación directa del texto legal”. Este informe está disponible a texto completo en la página del Defensor del Pueblo Andaluz, apartado “Informes especiales”: [http://www.defensor-and.es/informes\\_y\\_publicaciones/informes\\_estudios\\_y\\_resoluciones/informes\\_especiales/informe\\_0000/proteccion\\_menores/index.html](http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_especiales/informe_0000/proteccion_menores/index.html).

<sup>55</sup> El número de menores tutelados por entes públicos ha aumentado considerablemente durante los últimos años por diversos factores entre los que pueden citarse: la crisis económica; el incremento del número menores extranjeros no acompañados que llegan a nuestro país o el progresivo aumento de las familias desestructuradas.

<sup>56</sup> Se ha destacado que, si bien se trata de “un marco administrativo lleno de buena técnica y de excelentes intenciones”, falla a causa de una inadecuada ordenación de los medios personales, materiales, de tiempo y de procedimiento. OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (2005), pág. 3.

<sup>57</sup> *Vid.* Art. 21

Sociales de Andalucía y la Ley 1/1998, de 20 de abril, del Menor de Andalucía (LMA)<sup>58</sup>, disposiciones en las que se recogen las líneas maestras del sistema de la regulación de los centros de protección.

En segundo lugar, se sitúan diversas normas reglamentarias que se insertan, bien en el genérico marco del sistema de servicios sociales (p. ej. el Decreto 87/1996, de 20 de febrero<sup>59</sup>, que regula la autorización, registro y acreditación de los servicios sociales de Andalucía), bien en el contexto específico de la protección de menores (tal es el caso del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, sobre Acogimiento Residencial de Menores o el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, sobre régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa). En estas normas se contienen algunas referencias concretas sobre la medida de alojamiento residencial y a las características de los centros.

Asimismo, deben tenerse en cuenta una serie de Órdenes –muchas de ellas de reciente publicación– en las que se contiene una regulación pormenorizada de los centros. Entre ellas, destacan la de 9 de noviembre de 2005<sup>60</sup>, que regula la cooperación entre la Consejería para la Igualdad y Bienestar social y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores y la de 23 de octubre de 2007 que aprueba el Reglamento marco para organización y funcionamiento de los mismos<sup>61</sup>.

Por último, culminan el sistema los Reglamentos de Organización y funcionamiento de que *deben* dotarse (aunque no siempre lo hagan) cada uno de los centros en los que se reflejen los derechos de los menores, las normas de convivencia y los criterios para el ejercicio de la potestad de corrección<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> *Vid.* arts. 36 y ss.

<sup>59</sup> Modificado por Decreto 102/2000, de 15 de marzo.

<sup>60</sup> BOJA núm. 222, de 14 de noviembre.

<sup>61</sup> BOJA núm. 223, de 13 de noviembre.

<sup>62</sup> Conforme a lo dispuesto en el art. 52 del Decreto 325/2003 “Una vez aprobado el Proyecto Educativo de Centro, la dirección y los profesionales de los equipos educativos y técnico deberán definir el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Centro. Dicho Reglamento deberá concretar los instrumentos y procedimientos materiales, personales y relacionales de la intervención con los menores acogidos en el centro, en función a los elementos básicos recogidos en el presente Decreto.

Los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de los Centros deberán ajustarse a los principios, criterios y directrices establecidos en el Reglamento Marco que a tal fin elaborará la Dirección General competente en materia de protección de menores, de acuerdo con el presente Decreto.



El análisis del régimen jurídico administrativo de los centros de protección debe hacerse, por tanto, partiendo del esquema general antes expuesto, del que resultan diversas previsiones sobre los requisitos que éstos deben reunir.

### **3.2.1. Concepto, clases y requisitos**

#### **3.2.1.1. Concepto**

Los Centros de protección<sup>63</sup> pueden definirse como los espacios convivenciales destinados a la guarda y educación de los menores sobre los que se haya adoptado alguna de las medidas contempladas en el artículo 172 del Código Civil. Como señala la Orden de 28 de julio de 2000<sup>64</sup>, éstos deben asumir la responsabilidad sobre el desarrollo integral del menor, garantizándole la adecuada satisfacción de sus necesidades biológicas, afectivas y sociales en un ambiente de seguridad y protección, potenciando experiencias de aprendizaje y el acceso a los recursos sociales en las mismas condiciones que cualquier otra persona de su edad.

Como puede apreciarse, la noción de “centro de protección” ha experimentado una importante evolución, de manera que, lejos de las frías “casas de

---

Una vez elaborado el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Centro será tramitado para su informe al Servicio especializado de protección de menores, que a su vez lo remitirá a la Dirección General competente en materia de protección de menores para su aprobación, debiendo adecuarse al Reglamento Marco y a las disposiciones legales vigentes.

Una vez aprobado el Reglamento de Organización y Funcionamiento de Centro será revisado cada cinco años con el fin de evaluar su validez. No obstante, a iniciativa del servicio especializado de protección de menores o a petición del Centro mediando razones justificadas y una vez pasados dos años desde su aprobación, podrá interesarse su revisión”.

<sup>63</sup> *Vid.* el artículo 17 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre y la Orden de 23 de octubre de 2007, que aprueba el Reglamento marco para la organización y funcionamiento de los centros de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Entre las escasísimas definiciones doctrinales sobre el concepto de centros de protección puede destacarse la propuesta por SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>a</sup> B. y PARDO MARTÍNEZ, E. (2010), pág. 65, que los configuran como “recursos residenciales alternativos a la intervención en un entorno familiar y de carácter predominantemente educativo, organizados para favorecer las condiciones normalizadas de vida de los menores cuya tutela o guarda ha sido asumida por la Administración competente en materia de protección de menores”.

<sup>64</sup> *Vid.* Anexo I (punto 2.5.2) de la Orden de 28 de julio de 2000, que regula los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y aprueba el modelo de solicitud de las autorizaciones administrativas.

expósitos”, se pretende que éstos reproduzcan el modelo de convivencia familiar, garantizando la *atención integral* al menor, no limitada, por tanto, a aspectos físicos (alimentación, o salud) sino comprensiva de otros como la cultura y ocio<sup>65</sup>. Tal cambio de orientación se plasma claramente en el texto del Preámbulo de la Orden de 9 de noviembre de 2005<sup>66</sup>, en el que puede leerse que los centros de protección “han pasado a ser pequeñas unidades convivenciales, en las que seis u ocho menores reciben atención por equipos de cuatro o cinco educadores (...) así como personal técnico, que intentan reproducir patrones de relación basados en los que hoy nuestra sociedad considera como modelos de familias, tanto en la atención prestada en el propio centro como en el esfuerzo de normalización e integración familiar que se realiza con cada menor”<sup>67</sup>.

El ingreso del menor debe hacerse en el centro que resulte más adecuado a sus necesidades y por el tiempo que resulte imprescindible<sup>68</sup>, de manera que como señaló la Presidenta de la Asociación estatal de acogimiento familiar (ASEAF) en su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado para el

---

<sup>65</sup> El punto 2.4.1 del Anexo I de la Orden de 28 de julio de 2000 (BOJA núm. 102, de 5 de septiembre), que regula los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y aprueba el modelo de solicitud de autorizaciones administrativas, prevé –dentro de los requisitos funcionales específicos de los centros de protección– que en éstos se garantizará “por medios propios o ajenos, la atención integral a los menores en el conjunto de sus necesidades básicas de alimentación, salud (en todos sus aspectos), educación, así como las de ocio y cultura, durante las veinticuatro horas de todos los días del año, sin que la prestación del servicio pueda repercutir negativamente el periodo vacacional del personal del Centro.

<sup>66</sup> Esta Orden regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores.

<sup>67</sup> Por provincias, Sevilla alberga un total de 54 centros de protección, seguida de Granada, con 48; Cádiz, con 41; Málaga, con 35; Almería, con 31; Huelva, con 27; y Córdoba y Jaén, con 20. En cuanto a los menores acogidos, la mayoría se encuentran en Sevilla, donde se presta atención a 483 menores desamparados; seguida de Cádiz, donde se acoge a 465 menores; Málaga, con 430 menores; Granada, con 363; Huelva, con 339; Almería, con 295; Jaén, con 223 y Córdoba, con 160 (datos disponibles en la URL: <http://www.diariocritico.com/2010/Diciembre/noticias/244934/menores-junta.html>)

<sup>68</sup> La provisionalidad del internamiento se subraya en diversas disposiciones. Así, el art. 8 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero prevé que “Los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a no estar institucionalizados más que el tiempo estrictamente necesario para la aplicación de una medida alternativa. En todo caso, el ingreso en un centro residencial, o la integración en una familia acogedora, deberá ser cuidadosamente planificada, dando apoyo a los menores para las fases de preparación al ingreso, acoplamiento y adaptación a la nueva situación”.

estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines<sup>69</sup>, deberían establecerse límites temporales razonables en los que se lleven a cabo los trabajos de retorno del menor a su familia o la búsqueda de otras alternativas, evitando que los menores permanezcan en estos centros la mayor parte de su vida ocupando plazas de forma permanente y saturando las instituciones. Además, como apostilla el Defensor del Pueblo<sup>70</sup>, el ingreso de un menor en uno de estos centros es compatible –en su caso, y siempre que convenga a su interés– con el mantenimiento de relaciones personales y con la estancia en su propia familia o con familias colaboradoras los fines de semana o periodos vacacionales.

### 3.2.1.2. Clases

La tipología de los centros de menores trasluce el deseo de que su estructura y funcionamiento reproduzca, en la medida de lo posible, la de una familia, de manera que el menor pueda recibir una atención personalizada.

El art. 19 del Decreto 355/2003 clasifica los centros de protección en casas y residencias. Las primeras se configuran como núcleos de convivencia ubicados en viviendas normalizadas (pisos o viviendas unifamiliares independientes, adosadas o pareadas)<sup>71</sup> que *siguen los patrones de unidades familiares*. Por su parte, bajo el nombre de residencias se incluyen los centros que agrupan varios núcleos de convivencia *similares a las casas* y en los que los menores acogidos comparten habitualmente los espacios comunes”. La previsión de que dichos centros se sigan “los patrones de unidades familiares” se refiere a la necesidad de que el número de menores acogidos sea lo más reducido posible, facilitando, de este modo, un más estrecho contacto con ellos y creando, al mismo tiempo, un entorno de convivencia más cálido, cercano y acogedor<sup>72</sup>.

A su vez, en función de su titularidad los centros pueden ser públicos (o “propios”) y privados (colaboradores)<sup>73</sup>. Dentro de los primeros pueden incluirse, además de aquellos cuya titularidad y gestión corresponde a la Administra-

---

<sup>69</sup> *BOCG-Senado* de 17 de noviembre de 2010, pág.14.

<sup>70</sup> Defensor del Pueblo (2009), pág. 83.

<sup>71</sup> Art. 2.5.2.2 de la Orden de 28 de julio de 2000.

<sup>72</sup> La Orden de 28 de julio de 2000 afina aún más al precisar que las residencias tendrán capacidad para acoger entre 9 y 35 menores, procurando que su distribución se asemeje a una vivienda familiar. Por su parte, respecto de las casas, podrá tratarse tanto de “pisos como de viviendas unifamiliares independientes, adosadas o pareadas”.

ción, los que son gestionados por entidades con personalidad jurídico–privada dependientes de ésta (caso de las Fundaciones) o por gestores privados. Por su parte, los centros privados son aquéllos cuya titularidad corresponde a una entidad colaboradora, entendiéndose por tales aquellas instituciones privadas *sin ánimo de lucro* que estén habilitadas para ejercer las funciones de guarda y atención residencial de los menores desamparados, y que hayan suscrito el correspondiente documento de colaboración con la Administración. Estos últimos son, como regla general, mucho más numerosos. Así, por ejemplo, Andalucía cuenta con un total de 276 centros de protección de menores de los cuales, tan sólo 20 son propios, siendo los restantes 256 centros colaboradores<sup>74</sup>. Unos y otros integran la red pública de centros de protección de menores<sup>75</sup>.

Para el desempeño de sus funciones, los centros colaboradores reciben la correspondiente subvención de la Administración, siendo, precisamente, la insuficiencia de recursos económicos el mayor problema que se viene denunciando para el logro de una eficaz protección de los menores, suponiendo un grave obstáculo para su actuación<sup>76</sup>. En cualquier caso, siempre que la Administración haya delegado la gestión de los centros en entidades privadas debe exigirse las mismas una total transparencia en la gestión de los gastos, como requisito indispensable para que su actuación se adecúe a los principios de eficacia y eficiencia recogidos en la Constitución<sup>77</sup>, impidiendo que su actividad se realice con fines lucrativos.

---

<sup>73</sup> La posibilidad de entidades colaboradoras de la Administración en la protección de menores se reconoce en la Disposición adicional 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

<sup>74</sup> Datos recogidos en el Informe Anual 2009 del Defensor del Menor de Andalucía (apartado 11)

<sup>75</sup> La idea de sistema como reflejo del compromiso público con la asistencia social, se pone de manifiesto por VILLAR ROJAS, F. J. (2005): “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *Documentación Administrativa* núm. 271-272, pág.391.

<sup>76</sup> No es éste un problema de fácil solución si se tiene en cuenta la nada despreciable cantidad que supone el mantenimiento de cada niño ingresado. De conformidad con lo dispuesto en el Anexo IV de la Orden de 9 de noviembre de 2005, que regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores, el coste diario por cada menor ingresado puede llegar a alcanzar los 120 euros en el caso de que se trate de niños con trastornos de conducta., de manera que el coste mensual de cada niño ingresado superaría los 3.500 euros, lo que es otro argumento a favor del acogimiento familiar que resulta mucho más económico.

<sup>77</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO (2009), pág. 415.

Finalmente, con independencia de su tipología, una última clasificación puede hacerse en función del programa que desarrollen, distinguiéndose entre los centros de primera acogida (o acogida inmediata<sup>78</sup>) los que desarrollan programas de atención residencial básica<sup>79</sup> –que son los más numerosos– y, por último, los que desarrollan programas específicos con menores que presentan necesidades especiales o tienen dificultades de adaptación en su comportamiento y que, por sus características, necesitan una atención especializada en función del tratamiento que precisen (menores en con trastornos de conducta, extranjeros<sup>80</sup>, menores con problemas de adicción, en situación de dificultad social...).

No se trata de categorías excluyentes, ya que es posible que un mismo centro desarrolle más de un programa<sup>81</sup>. En tal caso, éstos deberán ser compatibles entre sí y no afectar al normal desarrollo de la atención a los perfiles y problemática de los menores atendidos debiendo ubicárseles en unidades funcionales o módulos convivenciales independientes. Ahora bien, esta previsión, si bien ideal, es frecuentemente incumplida en la práctica, hasta el punto que no sólo se mezclan menores que deberían estar separados en función del programa de protección, sino, lo que es más, grave, a menudo se ingresa en centros de protección a menores que, por haber cometido algún ilícito de los contemplados en la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad penal de los menores, deberían de ingresar en un centro de reforma y no en un centro de protección<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Son aquellos en los que se atiende, con carácter de urgencia y en horario ininterrumpido a los menores que se encuentren en grave situación de desprotección o en alto riesgo físico o psíquico, teniendo como objetivo el estudio y diagnóstico del menor y su entorno socio-familiar, en aras a determinar la medida y recurso de protección más adecuados así como el plan a seguir con su menor y su familia.

El ingreso en estos centros es siempre temporal, en tanto se sustancie el procedimiento que determine la medida a adoptar.

<sup>79</sup> En estos centros se ofrece al menor el alojamiento, la convivencia y la educación que precisa para su desarrollo integral por el periodo necesario hasta que pueda producirse el retorno a su familia si fuera posible, la preparación para la emancipación o vida autónoma cuando cumplan dieciocho años o se adopte otra medida alternativa

<sup>80</sup> En relación con la tutela de los menores extranjeros vid. FERNÁNDEZ MASÍA, E. (2001): “Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España” (Ref. La Ley 1642/2001).

<sup>81</sup> Así lo prevé la Orden de 9 de noviembre de 2005 (BOJA núm. 222, de 14 de noviembre), que regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial de los Centros de Protección de Menores.

<sup>82</sup> La necesidad de diferenciar claramente los distintos supuestos de institucionalización se subraya en el Informe de la Comisión Especial del Senado para el Estudio de la problemática de la adopción internacional y otros temas afines (2010), pág. 52.

En función del programa específico que desarrollen, se contempla que algunos centros puedan adoptar medidas de restricción de libertad de los menores, a este respecto debe indicarse que, aún cuando dichas medidas pueden estar justificadas en algunos casos, lo que de ninguna manera es de recibo es que no se regulen de forma explícita las garantías y procedimientos que deben seguirse para su adopción<sup>83</sup>. Ello nos conduce directamente a la importancia del Reglamento de Organización y Funcionamiento como instrumento esencial de que deben dotarse los centros y en el que deben de especificarse algunos aspectos esenciales de la vida diaria de los menores ingresados (régimen de visitas, salidas al exterior, conductas prohibidas, posibles sanciones, etc. ) que, de otro modo, quedarían confiadas a la discrecionalidad del centro, provocando una inadmisiblemente inseguridad para los menores, así como la imposibilidad de control jurisdiccional de su actividad.

Debe tenerse en cuenta que los centros no gozan de plena libertad para definir el contenido de los Reglamentos de Organización, ya que éstos deberán ajustarse, en todo caso, a los principios, criterios y directrices recogidos en el Reglamento Marco, así como a las demás disposiciones legales vigentes. En relación con el Reglamento Marco, aunque con notable retraso, ha sido definitivamente aprobado en Andalucía en el año 2007<sup>84</sup>, debiendo todos los Centros que dispusiesen de Reglamentos de Organización adoptados con anterioridad ajustar su contenido a lo dispuesto en él.

Una vez aprobado, el Reglamento de Organización será revisado cada cinco años con el fin de evaluar su validez, si bien, a iniciativa del servicio especializado de protección de menores o a petición del Centro, mediando razones justificadas y una vez pasados dos años desde su aprobación, podrá interesarse su revisión.

---

<sup>83</sup> En su Informe, el Defensor del Pueblo denuncia que en algunas Comunidades autónomas no contemplan ninguna garantía especial para la adopción de tales medidas. *Vid.* Defensor del Pueblo (2009), pág. 90.

<sup>84</sup> En Andalucía, desde el año 2003, todos los centros de protección deben aprobar dicho Reglamento de Organización. Así lo prevé el artículo 22 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre (BOJA núm. 245, de 22 de diciembre). Conforme al artículo 52 de este Decreto, dicho Reglamento deberá concretar los instrumentos y procedimientos materiales, personales y relacionales de la intervención con los menores acogidos, ajustándose a los principios y criterios y directrices establecidos en el Reglamento Marco, cuya elaboración se encomienda a la Dirección General de protección a la infancia. El Reglamento Marco fue definitivamente aprobado por Orden de la Consejería de 23 de octubre de 2007 (BOJA núm. 223, de 13 noviembre).

### **3.2.1.3. Requisitos**

Para el adecuado desempeño de las funciones que se les encomiendan los centros de menores deben de reunir una serie de condiciones materiales y funcionales. Para conocer cuales sean, debe estarse a lo dispuesto en el Decreto 355/2003, cuyo art. 20, remite, a su vez, a lo previsto en la normativa general sobre servicios sociales. Ello nos conduce al Decreto 87/1996, de 20 de febrero y a la Orden de 28 de julio de 2000<sup>85</sup>. El Anexo I de esta última contiene una minuciosa regulación de los requisitos exigibles, en general, a todos los Centros de Servicios Sociales<sup>86</sup> y, en particular, de los requeridos para cada uno de ellos (entre los que se encuentran los de protección de menores). Naturalmente, tales requisitos deben concurrir tanto en todos los centros públicos como en los colaboradores.

#### **A. Materiales**

Los centros de menores deben de reunir, además de los requisitos generales previstos para los Centros y Servicios sociales, otros específicos en función del tipo de programa que desempeñen. Los requisitos materiales generales se refieren a aspectos físicos (ubicación<sup>87</sup> y emplazamiento) urbanísticos, arquitectónicos (altura, accesos, supresión de barreras arquitectónicas, materiales, acabados, iluminación, ventilación...), de instalaciones (agua corriente, electricidad, gas, climatización), equipamiento, protección, seguridad, etc. Asimismo, dentro de los requisitos materiales generales se recoge la necesaria división del centro por zonas (de administración, de servicios generales, de atención especializada y residencial), con previsiones muy detalladas sobre las características de los dormitorios, aseos o comedor.

Los requisitos materiales específicos aparecen previstos para los centros que desarrollan programas especiales (como es lógico su infraestructura debe ser la idónea para que en ellos pueda desarrollarse el programa correspon-

---

<sup>85</sup> BOJA núm. 102, de 5 de septiembre.

<sup>86</sup> Dentro de los requisitos materiales generales se incluyen los relativos a las condiciones físicas y dotacionales (requerimientos físicos, urbanísticos, arquitectónicos, de instalaciones –agua caliente, instalaciones eléctrica y de gas, climatización...- equipamiento, protección y seguridad, etc); así como a la distribución de las zonas (de administración, de servicios generales, residencial..).

<sup>87</sup> Como ha señalado el Defensor del Pueblo (2009), pág. 83, deberá procurarse la ubicación del centro en la comunidad a fin de favorecer la integración social de los menores ingresados en el mismo.

diente) o los destinados a la acogida inmediata. La apreciación la concurrencia de tales requisitos no plantea problema alguno ya que –a diferencia de lo que ocurre con los funcionales– su existencia puede constatarse mediante la oportuna inspección<sup>88</sup>.

## **B. Funcionales**

Como los materiales, los requisitos funcionales que deben reunir los centros de protección se clasifican en generales (comunes a los demás servicios y centros) y particulares. Dentro de los primeros se incluyen, junto algunas exigencias obvias (como que el centro esté adaptado a las condiciones de sus usuarios así como a los programas que desarrollen) otras relativas a la obligatoriedad de que los centros dispongan de un registro de usuarios (donde consten sus datos así como la fecha de ingreso y de baja) así como de un reglamento de régimen interior y de Hojas de Reclamaciones<sup>89</sup>. Asimismo, dentro de este apartado se incluyen otros aspectos como el relativo a los recursos humanos (Director, y demás personal del centro), menús, medidas higiénico-sanitarias, o mantenimiento.

Los requisitos funcionales específicos giran en torno a las condiciones de ingreso y atención ofrecida a los menores ingresados, la obligación de que el centro cuente con un Proyecto Educativo y un expediente personal que debe abrirse a cada menor, así como el número y cualificación del personal del centro.

---

<sup>88</sup> Tal y como se recoge en el *Protocolo de Inspecciones a los Centros de Protección de la Fiscalía General del Estado*, el epígrafe 3.-4 12) de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores, uno de los cometidos de la Sección de Menores en materia de protección es el de visitar periódicamente los Centros de Protección de Menores (art. 21.4 LOPJM), inspeccionando las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene, entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten y promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen (el Protocolo está disponible a texto completo en la siguiente dirección:

[http://www.fiscal.es/cs/Satellite?buscador=0&c=Page&cid=1240559967773&codigo=FG E\\_&language=es&newPagina=7&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE\\_buscadorDocEspecialista&rendermode=98s](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?buscador=0&c=Page&cid=1240559967773&codigo=FG E_&language=es&newPagina=7&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorDocEspecialista&rendermode=98s).

<sup>89</sup> El artículo 16 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, recoge el derecho de los menores acogidos en Centros de protección y de sus familiares a “expresar su disconformidad acerca de cualquier aspecto de la atención residencial, incluido el trato recibido del personal, así como a recibir una contestación expresa al caso planteado”, para lo que podrán solicitar en cualquier momento las hojas de reclamaciones o el libro de sugerencias, sin perjuicio de que puedan plantear directamente sus quejas al Defensor del Menor o al Ministerio Fiscal.



El desarrollo de alguna de estas previsiones generales se contiene en el Decreto 355/2003<sup>90</sup>. En él se regulan los instrumentos para la acción educativa que se clasifican en generales (Proyecto y Curriculum<sup>91</sup> Educativos del Centro; Reglamento de Organización y Funcionamiento; Programación y Memoria Anual) e individuales (Informes Propuesta, de Observación Inicial y de Seguimiento Educativo y Proyecto Educativo Individualizado). Respecto de la organización del personal, se prevé la siguiente estructura organizativa: Dirección, Subdirección (que será facultativa), equipo educativo, equipo técnico y personal de administración y servicios. El perfil, funciones y responsabilidades de cada uno de ellos se concretarán en el Reglamento de Organización de cada uno de los centros de acuerdo con las directrices contenidas en el Reglamento Marco<sup>92</sup>.

Resulta imposible realizar un análisis en detalle de la problemática que se plantea en relación con cada uno de los requisitos mencionados, por ello, en las páginas que siguen se va a prestar particular atención entre ellos a la “habilitación” y al convenio de colaboración. Ahora bien, antes se hará referencia a otros requisitos que condicionan la posibilidad de solicitar y celebrar una y otro.

### **C. Requisitos previos: la autorización y la inscripción.**

Para poder ser habilitada y celebrar el convenio de colaboración, la entidad debe obtener la correspondiente autorización administrativa de funcionamiento<sup>93</sup>. El art. 4 de la Orden de 2 de noviembre de 2005 se remite en este punto a lo establecido en el Decreto 87/1996, de 20 de febrero que resulta, pues, plenamente aplicable. Conforme a lo establecido en el art. 5 de dicho Decreto, la autorización administrativa es precisa también para creación, construcción, y modificación sustancial, estructural o funcional, del Centro o Servicio. En cambio, para cambio de titularidad, cese del Servicio o cierre del Centro bastará con la comunicación previa.

---

<sup>90</sup> Arts. 49 y siguientes.

<sup>91</sup> Vid. la Orden de 23 de julio de 2007 (BOJA n° 159, de 13 de agosto), que Aprueba el Currículum Educativo Marco para los Centros de Protección de Menores, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>92</sup> Vid. apartado 8 de la Orden de 23 de octubre de 2007, que aprueba el Reglamento marco para la organización y funcionamiento de los centros de protección.

<sup>93</sup> El art. 4 de la Orden de 2 de noviembre de 2005 se remite en este punto a lo establecido en el Decreto 87/1996, de 20 de febrero que resulta, pues, plenamente aplicable. Conforme a lo establecido en el art. 5 de dicho Decreto es precisa también autorización administrativa para creación, construcción, y modificación sustancial, bien estructural o funcional, del Centro o Servicio. En cambio, para cambio de titularidad, cese del Servicio o cierre del Centro bastará con la comunicación previa.

El otorgamiento de la autorización de funcionamiento se condiciona a una autorización previa—cuyo fin es comprobar la adecuación del proyecto presentado a las condiciones mínimas materiales, así como su idoneidad para satisfacer las necesidades que justifican su creación<sup>94</sup>— y a la obtención de las correspondientes licencias municipales.

Finalmente, no podrá celebrarse el convenio sin que la entidad se haya inscrito en el Registro de de Entidades, Servicios y Centros<sup>95</sup>. Dicha inscripción — que no tiene carácter constitutivo— es indispensable para la obtención de cualquier clase de ayuda o subvención, determinando su falta —como es obvio— la clandestinidad del centro y a la consiguiente responsabilidad administrativa.

#### **D. La habilitación y el convenio de colaboración.**

##### **a) La habilitación**

Como se ha dicho, las funciones de protección de menores no es exclusiva de los entes públicos sino que, en ciertos aspectos, la colaboración privada no sólo es factible sino deseable. La intervención de sujetos privados se justifica en la supuesta mayor celeridad de su actuación frente a la tradicional lentitud administrativa y en la constatación del valioso papel que, tradicionalmente, han jugado determinadas instituciones (religiosas o no) en la protección de menores<sup>96</sup>.

Ahora bien, para que entidades privadas actúen como colaboradoras es necesario que previamente hayan sido *habilitadas* por la Comunidad Autónoma correspondiente. La necesidad de habilitación ya se recogía en la Disposición adicional 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a cuyo tenor: “Las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia en materia de protección

---

<sup>94</sup> Art. 10.1 del Decreto 87/1996, de 20 de febrero.

<sup>95</sup> *Vid.* Art. 18 y ss. del Decreto 87/1996, de 20 de febrero.

<sup>96</sup> Como señala REBOLLEDO VARELA, A. L. (1993): Comentario a la Disposición adicional 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Comentarios a las reformas del Código Civil. Tecnos, Madrid, pág. 356, “la admisión de las llamadas Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar dentro de los procedimientos de adopción y acogimiento supone por parte del legislador una toma de posición que, en cierta medida, no sólo constituye una novedad a nivel legal, sino también una decisión que (...) no cabe duda que no encaja con comodidad en la filosofía de la Ley (exclusión de la iniciativa y participación de particulares y entidades privadas en las adopciones y acogimientos) y de ahí que el propio legislador, aún admitiéndolas, las trate con un cierto recelo”.

de menores, podrán habilitar en su territorio, como instituciones colaboradoras de integración familiar, a aquellas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, constituidas conforme a las leyes que le sean aplicables, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas”.

De este modo, la habilitación persigue una doble finalidad<sup>97</sup>: por una parte, establece un control administrativo previo que garantiza que la entidad reúne las condiciones que le van a permitir el adecuado cumplimiento de sus funciones y, por otra, se evita la proliferación indiscriminada de instituciones de este tipo. Puede entenderse, por tanto, que en relación con los centros de menores, la habilitación juega el mismo papel que la acreditación prevista en el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, respecto de de los Centros de Servicios Sociales en Andalucía<sup>98</sup>. En cualquier caso, su concesión no es obligatoria, ya que, como prevé la Disposición adicional citada, las Comunidades autónomas *podrán* habilitar a determinadas Asociaciones o Fundaciones, sin que *deban* hacerlo necesariamente.

Los requisitos a los que se condiciona la habilitación se explicitan, por lo que a Andalucía se refiere, en el artículo 3 de la Orden de 9 de noviembre de 2005<sup>99</sup>. Son los siguientes: a) Estar legalmente constituidas; b) Carecer de ánimo de lucro; c) Figurar entre sus fines estatutarios la protección de menores; d) Tener su ámbito de actuación en la Comunidad Autónoma de Andalucía; e) Estar inscritas en el Registro de Entidades de la Consejería; f) Comprometerse a atender a los menores en función del número de plazas autorizadas y convenidas con la Consejería; y, por último, g) Disponer de la organización e infraestructura adecuadas para el desarrollo de las funciones protectoras así como disponer de las condiciones y medios humanos y materiales necesarios para cumplir las exigencias derivadas de la Orden desde el momento de la vigencia del convenio que se suscriba.

---

<sup>97</sup> Vid. REBOLLEDO VARELA, A. L. (1993), págs. 350-366.

<sup>98</sup> Como señala el art. 25 de dicho Decreto la acreditación es el acto por el que la Administración garantiza que los Servicios y Centros de Servicios Sociales a quienes se otorga reúne los mínimos de calidad exigidos reglamentariamente.

<sup>99</sup> BOJA núm. 222, de 14 de noviembre. Esta Orden regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores.

Ninguna duda plantea la exigencia de que se trate de entidades legalmente constituidas<sup>100</sup>. Sin embargo, sí surgen algunos problemas respecto de alguno de los restantes requisitos mencionados. Así, ocurre, por ejemplo, con la exigencia de que entre sus fines “figure la protección de menores”, en cuanto podría suscitar la duda de si cabe que, además de esta finalidad tales entidades, tengan alguna otra, pues del texto citado no parece colegirse la exigencia que aquella deba ser su finalidad exclusiva.

Cuestión distinta es si el otorgamiento de la habilitación es un acto reglado de manera que, reunidos los requisitos necesarios, deba concederse necesariamente, o si, por el contrario, la Administración goza de un margen de apreciación discrecional. En mi opinión, si bien puede sostenerse el carácter reglado de dicho acto<sup>101</sup>, ello no significa que la habilitación permita a la entidad, inmediatamente, sin más requisitos, llevar a cabo funciones en materia de protección de menores ya que, para que ello sea posible, deberá haber suscrito el correspondiente convenio de colaboración<sup>102</sup>, convenio que, entiendo, es de suscripción discrecional y de existencia determinante para el desempeño de aquéllas funciones.

Por otra parte, a la vista del contenido de la citada Disposición Adicional, se ha entendido que las únicas entidades que podían habilitarse como colaboradoras eran las asociaciones o fundaciones no lucrativas, con exclusión, por tanto, de cualquier otra institución. A mi juicio, esta afirmación debe matizarse, de manera que las Comunidades Autónomas que tengan asumida y transferida la competencia en materia de protección de menores podrán prever la habilitación de otras entidades, ampliando, por tanto, el elenco de las mencio-

---

<sup>100</sup> La referencia a la legislación aplicable debe entenderse hecha en Andalucía a la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones (los requisitos para la constitución de las fundaciones se regulan en los artículos 8 a 14). En cuanto a las asociaciones, su constitución e inscripción se rige por lo dispuesto en la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y la Ley 4/2006, de 23 de junio (BOJA núm. 126, de 3 de julio) de Asociaciones de Andalucía.

<sup>101</sup> Esta es también la opinión de REBOLLEDO VARELA, A. L. (1993), pág. 358.

<sup>102</sup> La suscripción del convenio de colaboración puede no considerarse oportuna por diversas causas entre las que pueden citarse que el número de centros se considere suficiente o que no se dispongan de los recursos presupuestarios necesarios. En todo caso, la suscripción del mismo requerirá preceptivamente el informe favorable de la Dirección General de de Infancia y Familias. Para que el informe sea favorable deberán concurrir las condiciones enumeradas en el art. 11 de la Orden de 9 de noviembre de 2005.

nadas en la ley estatal. Tal es el caso de Andalucía donde, junto a aquéllas, se prevé la posible habilitación de las corporaciones locales<sup>103</sup>.

Sea como fuere, debe tenerse muy presente que tales entidades no asumen la tutela de los menores que corresponde, en todo caso, a la entidad pública, limitándose su papel al ejercicio de las funciones de guarda y mediación. Es decir, las entidades colaboradoras actúan *por delegación* de la Entidad Pública que las ha habilitado, que es la que mantiene la titularidad de las funciones<sup>104</sup> (lo que es determinante a la hora de depurar responsabilidades) estando, pues, sometidas a las directrices, inspección y control de aquélla. Es importante insistir en este punto, pues la inexistencia de un control público riguroso, podría conducir a un inadecuado ejercicio su actividad en la que la protección de los derechos menores de ingresados no resultase debidamente garantizada.

### **b) El convenio de colaboración**

El último requisito que debe concurrir para que la entidad pueda desempeñar las funciones de protección de menores que le reconoce la legislación de menores es la suscripción del correspondiente convenio de colaboración con la Administración (en el caso de Andalucía, la Consejería de Igualdad y Bienestar Social).

La celebración este convenio entra de lleno en la actividad administrativa discrecional, no estando la Consejería obligada a celebrarlo<sup>105</sup>. En todo caso,

---

<sup>103</sup> Art. 2 de la Orden de 9 de noviembre de 2005 (BOJA núm. 222, de 14 de noviembre), que regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores.

<sup>104</sup> Como señala REBOLLEDO VARELA, A. L. (1993), pág. 364, ello implica que “es la entidad pública quien ostenta por Ministerio de la Ley la tutela de los menores desamparados y la única que puede apreciar y calificar la situación de desamparo de un menor, quien tiene la iniciativa sobre adopción y el acogimiento y la única que puede realizar la propuesta de adopción prevista en el artículo 176.2 y seleccionar al eventual adoptante en el expediente previo (...) así como prestar su consentimiento en al acogimiento (...), de tal manera que las Instituciones Colaboradoras, no sólo no ostentan tales funciones, sino que tampoco pueden ejercerlas en modo alguno, siendo tal intromisión una infracción de las normas legales que habría de dar lugar a la privación de la habilitación”. En el mismo sentido vid., *vid.* BARBER CÁRCAMO, R. (2002): “La subversión constitucional del acogimiento de menores”, (Ref. Avanzadi BIB 2002\2169).

<sup>105</sup> El contenido de este convenio se especifica en el artículo 13.2 del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, que aprueba el Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones en Andalucía.

su suscripción se subordina a la previa emisión de un informe favorable de la Dirección General de Infancia y Familias<sup>106</sup>, informe que, por tanto, tiene carácter obstativo.

#### IV. RÉGIMEN SANCIONADOR

##### 4.1. La inspección de los centros

La actividad administrativa de inspección resulta indispensable para asegurar que los centros de menores cumplen todos los requisitos y actúan de conformidad con las previsiones legalmente previstas. Como señala FERNÁNDEZ RAMOS<sup>107</sup>, si esta función es indispensable en el ámbito de los servicios sociales en general, más lo es cuando se trata de colectivos especialmente frágiles como los ancianos o, en el caso que nos ocupa, la infancia<sup>108</sup>.

A pesar su trascendencia esta función no ha venido recibiendo la importancia que merece, por lo que el propio Defensor del Pueblo<sup>109</sup> ha instado a las Administraciones Públicas para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la LOPM, ejerzan las obligaciones que le corresponden a fin de asegurar la protección de los derechos de los menores a través de la inspección y supervisión de todos los centros en los que se encuentren acogidos menores de edad, obligación que —añade— deberá ejercerse con especial intensidad

---

<sup>106</sup> El artículo 11 de la Orden de 9 de noviembre de 2005 establece los requisitos que deben concurrir para que el informe sea favorable. Son los siguientes:

- a) Que la entidad y el centro cumplan con todos los requisitos legales, materiales y funcionales, contemplados en esta Orden.
- b) Que exista disponibilidad presupuestaria.
- c) Que se hayan presentado, comprobado y aprobado cada uno de los extremos derivados del tipo de programa o programas a desarrollar por el centro: Documentos técnicos, personal...
- d) Que desde la Dirección General de Infancia y Familias se haya considerado necesaria la existencia del centro.

<sup>107</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2007), pág. 63.

<sup>108</sup> En el Informe de 2009 del Defensor del Menor de Andalucía insiste en la necesidad de hacer un esfuerzo para articular las vías de reclamación previstas en el Decreto 355/2003 de 16 de diciembre, en cuyo artículo 16 se prevé que los menores acogidos en los Centros de protección y sus familiares tendrán derecho a exponer su disconformidad acerca de cualquier aspecto de la atención residencial, incluido el trato recibido del personal, así como a recibir una contestación expresa al caso planteado.

<sup>109</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO (2009), pág. 401.

cuando se trate de los centros dedicados a la atención a menores con problemas de conducta, tanto en lo que se refiere a la frecuencia de las inspecciones, como a su profundidad, atendiendo a las especiales necesidades y vulnerabilidad de estos menores<sup>110</sup>.

No existe en Andalucía ninguna norma en la que se recojan previsiones específicas sobre la inspección de los centros de menores. Debe estarse, por tanto, a lo dispuesto en el Decreto 396/2008, de 24 de junio, que aprueba Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía. Conforme al mismo, corresponde a la Inspección—órgano dependiente de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social— colaborar en el buen funcionamiento del Sistema de Servicios Sociales, garantizar los derechos de las personas usuarias y promover la mejora continua del nivel de calidad en la prestación de los servicios sociales en esta Comunidad (art. 1 del Decreto 396/2008)

En aplicación de lo dispuesto en dicho Decreto —y antes en el 141/1999, de 8 de junio— se han aprobado diversos planes generales de inspección. El último —aún en vigor para el cuatrienio 2009–2010— ha sido aprobado por Orden de 18 de diciembre de 2008.

#### **4.2. Infracciones y sanciones**

La LMA no contiene una regulación exhaustiva del régimen de infracciones y sanciones referido a los centros de protección de menores ni sobre la forma en la que la potestad sancionadora debe ejercerse. Por tanto, debe estarse a lo dispuesto en el Decreto 355/2003, que aprueba el reglamento sobre Acogimiento Residencial de Menores y en el Reglamento Marco de Organización. De la lectura comparada de estas normas, resultan tres grandes grupos según que las infracciones resulten imputables al propio centro o su personal (afecten o no a los menores), a los menores ingresados y, por último, a sus padres o tutores.

En relación con las infracciones de los menores ingresados, interesa recordar el papel fundamental que juega el Reglamento de Organización como instrumento de garantía sus derechos. Como se anticipaba, éste se redactará de

---

<sup>110</sup> El Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria al Anteproyecto de Ley de Actualización de la legislación sobre protección a la infancia, propone la introducción de un nuevo capítulo en la LOPM en el que se regula el ingreso y el régimen de estos menores en un centro de este tipo.

conformidad con los principios y orientaciones recogidos en el Reglamento Marco, especificando las conductas que suponen alteraciones menos graves, graves y muy graves de la convivencia. En este sentido, es interesante destacar el cambio de modelo que—en la línea iniciada por Decreto 355/2003— impulsa el Reglamento Marco, al prever la sustitución del sistema tradicional, construido sobre la base de medidas represivas, por un sistema preventivo basado en el refuerzo de conductas positivas que en ningún caso podrá implicar la adopción de medidas que supongan directa o indirectamente castigos corporales, maltrato psíquico, privación de la alimentación o del descanso, del derecho a las relaciones personales, a la educación obligatoria o de asistencia al centro escolar, ni atentar contra la dignidad del menor mediante acciones que conduzcan a su humillación o ridiculización<sup>111</sup> o la expulsión del menor de un centro.

Por lo demás, para la aplicación de las medidas correctivas deberá observarse el principio de proporcionalidad, de manera que éstas sean adecuadas a la edad y madurez de cada menor<sup>112</sup>. El Reglamento de Organización debe es-

---

<sup>111</sup> Se consideran conductas especialmente perjudiciales para la convivencia, además de las previstas en art. 39 del Decreto 355/2003, las siguientes: introducir o poseer armas; participar en desórdenes colectivos o haber instigado a realizarlos en el caso de que se hayan producido; facilitar la ausencia del centro; resistirse de manera activa y grave al cumplimiento de las indicaciones del personal del centro en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

<sup>112</sup> Para la aplicación de las medidas educativas correctoras se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La edad.
- b) La situación personal, social y familiar.
- c) El Proyecto Educativo Individual.
- d) El Plan de Intervención.
- e) La perturbación del funcionamiento del centro y los perjuicios causados a las demás personas residentes.
- f) El carácter educativo y recuperador, no meramente sancionador, de la corrección. A efectos de la graduación de las correcciones, se tendrá en cuenta lo siguiente:
  1. Son circunstancias paliativas:
    - a) El reconocimiento espontáneo de la conducta incorrecta y la petición de excusas.
    - b) La reparación del daño producido.
    - c) La falta de intencionalidad.
    - d) El mantenimiento de una conducta habitual positiva y favorecedora de la convivencia.
  2. Son circunstancias intensificadoras:
    - a) La premeditación y la reiteración.
    - b) Causar daño, injuria u ofensa a los compañeros y compañeras de menor edad o a quienes se hayan incorporado recientemente al centro.
    - c) Cualquier acto que fomente la violencia, la discriminación, el racismo, la xenofobia o la incitación colectiva al incumplimiento de las normas de convivencia.



pecificar qué tipo de medida de corrección será de aplicación en función del tipo de alteración de las normas de convivencia del mismo, con indicación de quién las aplica, en qué condiciones, la duración de las mismas y cualquier otra información al respecto.

## V. REFLEXIÓN FINAL

A lo largo de las páginas que preceden, se han planteado alguno de los problemas que surgen en relación con los centros de menores. En ellas, se ha dejado constancia del notable retraso con el que el legislador ha afrontado la regulación jurídico administrativa de los mismos. A pesar de las críticas que esta demora merece, no puede dejar de subrayarse, como dato favorable, la existencia en Andalucía de un importante y completo entramado normativo tejido por normas de distinta jerarquía que ofrece una detalladísima regulación de los requisitos que deben reunir los centros de menores y en el que se contemplan variados aspectos de su organización administrativa, previsiones que en ocasiones deben completarse con las contenidas en la normativa estatal sobre servicios sociales.

A raíz del Informe especial del Defensor del Pueblo, se ha considerado oportuno realizar una aproximación al marco normativo regulador de estos centros para conocer si en él se contienen las previsiones adecuadas para la protección de los derechos de los menores ingresados. En este proceso, se ha podido apreciar la evolución que ha experimentado su propio concepto, siendo el propósito del legislador el que éstos reproduzcan, en la medida de lo posible, la estructura de una familia tradicional y, lejos, por tanto, de los antiguos orfanatos o casas de expósitos. Las carencias denunciadas en el citado informe, han impulsado una modificación de la normativa estatal sobre menores con el fin de corregir ciertos aspectos y completar o profundizar en otros, encontrándose en tramitación dos proyectos en los que se recogen importantes avances y novedades, en particular, respecto de los centros de menores en situación de conflicto social.

Por otra parte, sin perjuicio de reconocer la conveniencia de hacer prevalecer el acogimiento familiar sobre el residencial, es indudable que los centros de menores son necesarios ya que sin ellos la Administración no podría cumplir las funciones que le corresponden en la protección de la infancia. Una cosa es que aquella fórmula sea la más adecuada y, otra muy distinta, es que esa opción pueda ser la única considerada. En ello influyen diversos factores entre los que se encuentran el menor calado en España –frente a otros países como

el Reino Unido— de la filosofía del acogimiento, o las escasas ventajas económicas de que gozan las familias acogedoras. Es una realidad que, a día de hoy, el número de menores ingresados supera notablemente, al de los acogidos en familias. No obstante, el empeño en hacer prevalecer el acogimiento familiar sobre el residencial ha llevado a plantear la supresión gradual de la medida para siendo el propósito el fin de evitar que los más pequeños sean institucionalizados. Como es evidente, se trata de una fórmula cuyo éxito depende de la disponibilidad de familias acogedoras, por lo que dependerá de la consideración de nuevos modelos de acogimiento familiar como el “profesionalizado” o “especializado” así como la implicación de la Administración en el desarrollo de campañas de difusión y captación de familias.

Por lo que a los centros de protección se refiere, es importante destacar el papel crucial que, junto a la Administración, juega el sector privado, siendo mucho más numerosos los centros colaboradores que los públicos. El delicado papel que juegan tales centros, conduce, directamente, a la consideración de los requisitos que estas entidades deben reunir para poder ejercer las funciones que le son delegadas y al papel de control *ex ante* y *ex post* que la Administración debe jugar impidiendo la mercantilización de su actividad y garantizando la protección de los internos.

La necesidad de establecer un marco común que asegure un nivel de protección homogéneo de los menores ingresados en cualquier centro de protección, aconseja la fijación de un marco estatal de referencia en el que se contengan la regulación básica sobre régimen interior, infracciones y sanciones, tratamientos médicos, etc.

Por último, este estudio se ha realizado desde el reconocimiento de la imposibilidad de agotar todos los temas que se plantean en relación con el papel de la Administración en la protección de los menores desamparados. La pluralidad de problemas que emergen al hilo del mismo, anticipan la más que posible futura profundización en esta materia que, aunque inexplorada, empieza a ser —por fortuna— objeto de consideración por la doctrina administrativa.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEMÁN BRACHO, C. (2005): “La familia, prestadora y destinataria de prestaciones”, *Documentación Administrativa* núm. 271–272, págs. 237–268.  
BARBER CÁRCAMO, R. (2002): “La subversión constitucional del acogimiento de menores” (Ref. Aranzadi BIB 2002\2169).

- BENITO ALONSO, F. (2001): “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: la tutela por ministerio de la Ley y guarda” (Ref. La Ley 11848/2001).
- BRAVO, A. y DEL VALLE F. J. (2009): “Crisis y revisión del acogimiento residencial y su papel en la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 30 (I), págs. 42–52.
- CORRAL GARCÍA, E. (2003): “El derecho a la integridad moral del menor como fundamento de la imposibilidad de la reinserción en su familia” (Ref. Aranzadi BIB 2003\1118).
- DE DIOS VIÉITEZ, M<sup>a</sup> V. (2007): “Asistencia social y legislación civil en el ámbito de la protección de menores”, *Revista Jurídica de Navarra* núm. 43, págs. 167–182.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2009): *Informes, Estudios y Documentos. Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. Disponible a texto completo en <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp>
- DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA (1999): Informe Especial: Sistema de protección de menores y acogimiento residencia. Tomo I. Disponible a texto completo en [http://www.defensor-and.es/informes\\_y\\_publicaciones/informes\\_estudios\\_y\\_resoluciones/informes\\_defensor\\_del\\_menor/informe\\_0000/descargas/TOMO1.DOC](http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_defensor_del_menor/informe_0000/descargas/TOMO1.DOC).
- DE PABLO CONTRERAS, P. (1993): “Comentario al artículo 172 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Tecnos, Madrid, págs. 35–88.
- DE PALMA DEL TESO, A. (2006): *Administraciones públicas y protección de la infancia*. INAP, Madrid.
- DE PALMA DEL TESO, A. (2004): “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las Administraciones Públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, *Cuadernos de Derecho Local* núm. 4, págs.103–138.
- Dirección General de Familias y la Infancia (2009): Boletín Estadístico de Protección a la Infancia.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (1993): “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Tecnos, Madrid, págs. 88–111.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2009): “Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales” (Ref. La Ley 12142/2009).
- ESPIAU ESPIAU, S. (1999): “La situación de desamparo y las medidas de protección”, en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A. (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Marcial Pons, Madrid, págs. 71–86.

- FERNÁNDEZ MASÍA, E. (2001): “Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España”, (Ref. La Ley 1642/2001).
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2007): “Los centros residenciales para personas mayores, especial referencia a Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 67, págs. 11–86.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo* (1993). Civitas, Madrid.
- LLEBARÍA SAMPER, S. (1990): *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*. Bosch, Barcelona.
- MARTÍNEZ PIERA, E. (2010): “Reflexiones en torno a la intervención de los poderes públicos para la protección e inserción de los menores” (Ref. La Ley 7976/2010).
- MURILLAS ESCUDERO, J. M. (2003): “Notas a la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor, de la Comunidad Autónoma de la Rioja” (Ref. Aranzadi BIB 2003\418).
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (2006): “En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores”, *Abogados de Familia* (Ref. La Ley 1008/2006).
- PALOMINO DÍEZ, I. (2005): “La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del artículo 172.1 del Código Civil” (Ref. La Ley 1295/2005).
- REBOLLEDO VARELA, A. L. (1993): *Comentario a la Disposición adicional 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Tecnos, Madrid, págs. 350–366.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>a</sup> B. y PARDO MARTÍNEZ, E. (2010): *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*. Comares, Granada.
- RODRÍGUEZ SOL, L. (2001): “La protección y acogimiento de menores en el Derecho español”, (Ref. La Ley 13787/2001).
- TOLIVAR ALAS, L. (1991): “Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores”, *RAP* núm. 124, págs. 35–63.
- VILLA RUBIO, M. (1999): “Protección de menores desamparados”, en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A., (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Marcial Pons, Madrid, págs. 48–69.
- VILLAR ROJAS, F. J. (2005): “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *Documentación Administrativa* núm. 271–272, págs. 389–412.
- VARGAS CABRERA, B. (1994): *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Comares, Granada.
- VIVANCOS SÁNCHEZ, M. (2001): “Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo” (Ref. La Ley 1959/2001).

# Ordenamiento oficial sobre pesas y medidas

*Víctor Manteca Valdelande*<sup>1</sup>

Doctor en Derecho

En el presente trabajo se examinan los aspectos más importantes del Ordenamiento español sobre pesas y medidas que desempeña un papel de suma importancia como normativa auxiliar de gran parte de la normativa administrativa especial y cuyo conocimiento facilita la comprensión de otras regulaciones sustantivas, dado que se trata de un trabajo para la revista *Administración Andalucía* se incluye un apartado específico sobre la regulación de estas materias en la Comunidad autónoma andaluza. Se analiza el establecimiento y la aplicación del Sistema Legal de Unidades de Medida, la garantía de la exactitud y confianza en las mediciones así como la estructura administrativa del Centro Español de metrología, la regulación del procedimiento de aprobación del modelo CEE. Para finalizar con el examen del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades autónomas y una breve descripción de la Organización internacional de metrología legal.

## I. REGULACIÓN METROLÓGICA

El Tribunal Constitucional al abordar en una sentencia el sistema distribución de competencias se refiere a esta materia de pesas y medidas también llamada metrología.

La expresión tradicional de pesas y medidas, que utilizó la Constitución Española (CE)<sup>2</sup> a la hora de regular esta materia como objeto de titularidad competencial del Estado<sup>3</sup>, ha sido sustituido, tanto en el Ordenamiento internacional como en la propia legislación específica española, por el nuevo concepto de Metrología. Las leyes de pesas y medidas vigentes, en España, desde el siglo XIX tenían como finalidad fundamental la finalidad de establecer y de-

---

<sup>1</sup> El autor es Técnico Superior e Inspector de Servicios de la Administración General del Estado.

<sup>2</sup> Artículo 149.1.12ª.

<sup>3</sup> Art. 149. 1 El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias. 12ª Legislación sobre pesas y medidas, determinación de la hora oficial.

finir un determinado sistema de unidades. Actualmente la Organización Internacional de Metrología Legal (OIML) define la metrología como la ciencia de la medida, dentro de la cual pueden distinguirse varios sectores concretos, como la metrología científica o la metrología legal. Por otra parte, la citada Organización internacional define la metrología legal como aquella parte de la metrología general relativa a las actividades que derivan de las exigencias normativas y que se aplican a las mediciones, a las unidades de medida, a los instrumentos de medida y a los métodos de medida, y que son efectuadas por organismos competentes y esto es lo que vamos a examinar en las presentes líneas, el ordenamiento petrológico oficial aplicable en España.

Hasta 1985 la legislación básica estatal en esta materia estuvo constituida por la Ley 88/1967 de 8 de noviembre y por el último Reglamento para la ejecución de la vieja Ley de Pesas y Medidas, no obstante el notable desfase que se produjo en el pleno legislativo en relación con esta materia debido al creciente progreso científico y técnico del desarrollo industrial y de la intensificación de las transacciones comerciales en el ámbito nacional e internacional obligó a llevar a cabo una armonización de la normativa metroológica española de cabecera para poder alcanzar el nivel de eficacia exigido por el desarrollo económico. La norma fundamental de la Metrología Legal en España que proporciona un fundamento legal a la intervención de los poderes públicos en este ámbito es la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, que ha sido modificada por Real Decreto Legislativo 1296/1986 de 28 de junio que establece el control metroológico CEE y en cuya virtud la regulación legal de metrología tiene carácter supletorio, recientemente por la Ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio y, además, se completa con numerosas normas de carácter reglamentario que la desarrollan y de las que hemos incluido una relación que contiene las más importantes.

El objeto fundamental de la legislación metroológica es el establecimiento y aplicación del Sistema Legal de Unidades de medida así como la fijación de los principios y normas generales a que deben ajustarse la organización y el régimen jurídico de la actividad petrológica en España, de manera que quede asegurada la garantía pública de la exactitud, fiabilidad confianza en las mediciones que se llevan a cabo en el mercado.

El Real Decreto Legislativo 1296/1986 adaptó la normativa interna española al contenido de la Directivas comunitaria Europeas<sup>4</sup> sobre instrumentos de medidas y métodos de control metroológico y unidades de medida.

---

<sup>4</sup> Directivas 71/316/CEE y 80/181/CEE.

## II. UNIDADES LEGALES DE MEDIDA

La Ley de Metrología establece que las unidades legales de medida son las únicas básicas y derivadas del Sistema Internacional de Unidades (SI), adoptado por la Conferencia General de Pesas y Medidas (CGPM) y vigentes en la Unión Europea<sup>5</sup>. La CGPM se creó por el Convenio de París, de 20 de mayor de 1875, sobre Unificación y Perfeccionamiento del Sistema Métrico Decimal, también conocido como “Convención del Metro”, y su principal función es la determinación del Sistema Internacional de Unidades; sin embargo tanto las unidades incluidas en el sistema como sus definiciones han ido variando con el tiempo, de este modo en la actualidad pueden distinguirse dos grandes categorías de unidades: las básicas y las derivadas.

Se denominan unidades básicas aquellas unidades de medida de una magnitud básica, que es aquella que, en un sistema de magnitudes (por ej., el SI), se acepta por convenio como funcionalmente independiente de las demás. Estas unidades están recogidas en el artículo 2.2 Ley de Metrología y son la siguientes:

| <b><u>Magnitud</u></b>              | <b><u>nombre de la unidad</u></b> | <b><u>símbolo</u></b> |
|-------------------------------------|-----------------------------------|-----------------------|
| – Longitud                          | metro                             | m                     |
| – Masa                              | kilogramo                         | kg                    |
| – Tiempo                            | segundo                           | s                     |
| – Intensidad de corriente eléctrica | amperio                           | A                     |
| – Temperatura termodinámica         | kelvin                            | K                     |
| – Cantidad de sustancia             | mol                               | mol                   |
| – Intensidad luminosa               | candela                           | cd                    |

Las definiciones de las unidades, sus denominaciones y símbolos, así como las reglas para la formación de sus múltiplos y submúltiplos, son las del Sistema Internacional de Unidades y son establecidas por Real Decreto de acuerdo con la conferencia general de Pesas y Medidas y la normativa comunitaria Europea.

Por otra parte las unidades derivadas son aquellas unidades de medida de una magnitud derivada, que es aquella que, en un sistema de magnitudes, se define como una función de las magnitudes básicas de ese sistema. Así, por ej., en un sistema que tiene como magnitudes básicas la longitud y el tiempo, la aceleración es una magnitud derivada definida como el cociente de la longitud

<sup>5</sup> Artículo 2 de la Ley 3/1985.

por el tiempo al cuadrado ( $m/s^2$ ). Otras magnitudes derivadas son la superficie, el volumen, la velocidad, la densidad de corriente, etc. La determinación y definición de estas unidades, el establecimiento de sus nombres y símbolos, así como las reglas para la formación de sus múltiplos y submúltiplos también son establecidos mediante Real Decreto.

Por otra parte la Ley de metrología también autoriza al Gobierno para declarar el uso legal de las unidades básicas y derivadas adoptadas o que en el futuro lo sean por la Conferencia General de Pesas y Medidas para las necesidades del comercio internacional fuera del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria.

Como consecuencia del mandato constitucional mencionado más arriba, la Ley de Metrología también dispone que la obtención, conservación, desarrollo y difusión de las unidades básicas y, por consiguiente, de los patrones nacionales, es de competencia estatal<sup>6</sup>, que en la actualidad corresponde al Centro Español de Metrología, Organismo Autónomo de la Administración General del Estado. Es en estas funciones donde puede verse una actividad de servicio público a la que nos referíamos al comienzo de esta lección.

La calificación de las unidades legales de medida tiene como consecuencia que el Sistema Legal de Unidades de Medida es de uso obligatorio en todo el territorio del Estado español, prohibiéndose, bajo las reservas establecidas en el propio texto legal, emplear unidades de medida distintas de las unidades legales, para la medida de las magnitudes, en los ámbitos de la actividad económica, de la salud y en el de la seguridad pública, así como en los actos jurídicos y actividades administrativas.

Ambas previsiones se completan con la disposición que establece la obligatoriedad de uso del Sistema Legal de Unidades de Medida en todo el territorio del Estado español<sup>7</sup>, esto es, que no cabe que haya particularidades territoriales en el sistema legal de medidas. Debe recordarse que históricamente ha existido una gran variedad y diversidad en las unidades de medida utilizadas en las distintas partes del territorio, con diferencias incluso provinciales, y que los esfuerzos normativos de establecimiento de un único sistema comienzan en la segunda mitad del siglo XIX. Por su parte, el segundo apartado prohíbe la utilización de unidades de medida distintas a las legales. Sin embargo, esa

---

<sup>6</sup> Art. 4.

<sup>7</sup> Art. 5.



prohibición no tiene un carácter absoluto, sino que tiene importantes matizaciones o excepciones así el artículo 3 Ley de Metrología habilita al Gobierno a que autorice, mediante Real Decreto, el empleo de determinadas unidades no comprendidas en el Sistema Internacional de Unidades. Estas unidades son unidades legales de medida pero su utilización es legal; por otra parte tampoco se prohíbe el uso de otras unidades que no sean las legales en todos los ámbitos y para todos los efectos, sino sólo en una serie de ámbitos que están expresamente tasados: actividad económica, salud y seguridad pública, actos jurídicos y actividades administrativas. Ciertamente, son los ámbitos de una mayor trascendencia, quedando fuera otros que prácticamente se mueven en la esfera privada. Por ej., nada impide que un agricultor emplee una vara como unidad de medida para plantar sus olivos. Además el mismo precepto subraya que la prohibición no afecta al campo de la navegación marítima y aérea y al tráfico por vía férrea, donde se admiten unidades distintas que estén previstas por convenios o acuerdos internacionales que vinculen a la Unión Europea o a España.

Finalmente, el apartado quinto de este mismo precepto también permite el uso complementario de otras unidades de medida de manera, es decir, que una indicación expresada por una unidad legal vaya acompañada de otra que no lo sea. Por ej., es muy frecuente encontrar en el etiquetado de alimentos el peso indicado en kilogramos –unidad legal de medida– y en onzas.

### III. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN GARANTIZAR LA EXACTITUD Y FIABILIDAD DE LAS MEDICIONES

Ley de Metrología dispone<sup>8</sup>, que están sujetos a control metrológico del Estado todos los objetos y elementos de aplicación de metrología, así como las mediciones que reglamentariamente se determinen, de este modo se configura un ámbito material donde se va a desarrollar una importante actuación administrativa que se encuadra dentro de la categoría jurídica de la actividad administrativa de limitación. Este modo de la actividad administrativa se caracteriza por el hecho de que la Administración impone restricciones, deberes o de cualquier otra forma ordena coactivamente las actuaciones y conductas privadas con el fin de garantizar algún interés público.

No obstante el Real Decreto Legislativo 1296/1986 dispone la creación de

---

<sup>8</sup> Art. 6.

un control metrológico especial, con independencia del control regulado en la Ley de Metrología y con efectos en el ámbito de la Comunidad Europea que tenga una regulación reglamentaria y sea aplicable a los instrumentos de medida y a los métodos de control metrológico regulados por una Directiva comunitaria específica.

El objetivo y justificación de la intervención administrativa en este ámbito material está en la necesidad de garantizar pública de la exactitud en las mediciones del mercado; no obstante, en términos de mayor actualidad, puede decirse que el objeto y finalidad de la intervención administrativa en materia de metrología es garantizar la fiabilidad objetiva y confianza de los ciudadanos y poderes públicos en el resultado de la mediciones que se realizan, de este modo, cuando el artículo 2 del Real Decreto 889/2006, de 21 de julio, que regula el control metrológico del Estado sobre los instrumentos de medida, se refiere a los requisitos esenciales que deben cumplir los instrumentos y los define como aquellos requisitos de funcionamiento de obligado cumplimiento, que proporcionan un alto nivel de protección metrológica con objeto de que las partes afectadas puedan tener confianza en el resultado de la medición. En el ámbito metrológico donde se convive permanentemente con convencionalismo e incertidumbres es comprensible que la justificación de la intervención administrativa en la esfera particular se desplace de la exactitud de la medida como elemento de referencia objetivo a la confianza en el resultado o fiabilidad. Sin embargo, esa confianza no es un objetivo en sí mismo, sino que la propia Ley de Metrología la relaciona directamente con otros intereses públicos de carácter objetivo que son los que, en última instancia, justifican la intervención de las administraciones pública en esta ámbito competencial en la protección de:

- a) la salud de los ciudadanos.
- b) de la seguridad pública,
- c) del medio ambiente,
- d) de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios;
- e) la garantía en la recaudación de impuestos y tasas,
- f) De los cálculos de aranceles, cánones y sanciones administrativas;
- g) la garantía en la realización de peritajes judiciales
- h) o de las condiciones para un comercio leal, etc.

Esta intervención administrativa se desarrolla sobre todos aquellos objetos y elementos de aplicación en metrología, así como las mediciones, que con arreglo a las finalidades antes expuestas, se determinen reglamentariamente. Así, el contador de agua que podemos tener en nuestro domicilio no se somete a una intervención administrativa de carácter metrológico, pero sí la que se uti-

liza en el supermercado para pesar la fruta que compramos. Sobre esta base, la intervención administrativa se centra fundamentalmente en los instrumentos y aparatos de medida y, por extensión, sobre las actividades que ciertos sujetos realizan sobre esos objetos, pues evidentemente son sólo las personas físicas o jurídicas las que pueden ser destinatarias de deberes o prohibiciones.

Los medios de esta intervención administrativa son los propios de la actividad administrativa de limitación, en primer lugar, se imponen restricciones y deberes a todos aquellos sujetos cuya actividad tiene una trascendencia metrológica (fabricantes de aparatos de medida, usuarios de esos aparatos, reparadores, etc.), estableciendo imperativamente cómo deben actuar para garantizar ese fin de la confianza en el resultado de las mediciones; a continuación, la Administración vigilará que todos esos deberes y limitaciones se cumplen efectivamente; y finalmente, si las prescripciones impuestas no se cumplen, la Administración deberá adoptar las medidas coactivas oportunas para forzar su cumplimiento y para que, en cualquier caso, no se concrete el riesgo o para que, si ya lo ha hecho, tal situación o sus efectos no se mantengan en el tiempo.

La Ley de metrología, en su reciente redacción dada a la misma por la Ley 25/2009 dispone en su artículo 7 que en defensa de la seguridad, de la protección de la salud y de los intereses de los consumidores y usuarios los instrumentos, aparatos, medios y sistemas de medida que sirvan para pesar, medir o contar y que sean utilizados en aplicaciones de medida por razones de interés público, salud y seguridad pública, orden público, protección del medio ambiente, protección de los consumidores y usuarios, recaudación de impuestos y tasas, cálculo de aranceles, cánones, sanciones administrativas, realización de peritajes judiciales, establecimiento de las garantías básicas para un comercio leal y todas aquellas que puedan determinarse con carácter reglamentario, estarán sometidos al control metrológico del Estado, cuando esté establecido o se establezca, por reglamentación específica.

La Ley de Metrología habilita al Gobierno para reglamentar con la finalidad expuesta los instrumentos de medida y, a renglón seguido, prohibir la fabricación, importación, comercialización y empleo de aquellos instrumentos que no cumplan con dichas prescripciones reglamentarias. Por tanto, son los reglamentos administrativos dictados en desarrollo de esta Ley donde se establecen los deberes y prohibiciones a los que están sometidos todos aquellos sujetos cuya actividad tiene una trascendencia metrológica. Entre esos reglamentos, ocupa una posición capital el Real Decreto 889/2006, de 21 de julio, que regula el control metrológico del Estado sobre los instrumentos de medida. La trascendencia de este reglamento deriva de dos hechos.

El primero, porque, sobre la base de la Directiva que traspone a nuestro ordenamiento, realiza una importante labor de actualización y codificación de las reglamentaciones sobre numerosos instrumentos de medida. En este sentido, deroga 21 reglamentos metroológicos y establece en sus anexos las exigencias metroológicas aplicables a un nutrido grupo de instrumentos de medida (contadores de agua, contadores de gas, contadores de energía eléctrica activa, contadores de energía térmica, etc.).

En segundo lugar y aún más importante, porque contiene una regulación de carácter horizontal donde se desarrollan el resto de medios de la intervención administrativa de limitación en este ámbito (se regulan los medios control; las actuaciones de los distintos sujetos intervinientes, incluidas las Administraciones públicas; y los medios de reacción) que se completa con un régimen sancionador que desarrolla lo establecido en la Ley de Metrología. Igualmente, también contiene ciertas prescripciones de carácter organizativo y procedimental de gran relevancia.

La propia Ley de metrología dispone<sup>9</sup> que el control metroológico, debe comprender la fase de evaluación de la conformidad, que verifica el cumplimiento de los requisitos que deban satisfacer los instrumentos de medida a efectos de su comercialización y puesta en servicio. También debe comprender, en su caso, la fase de control metroológico de instrumentos en servicio, que puede efectuarse mediante verificación periódica o después de reparación o modificación, que tiene por objeto comprobar y confirmar que un instrumento o sistema de medida en servicio mantiene las características metroológicas originales, la modalidad y alcance del control aplicable en cada caso se determinan reglamentariamente.

Por otra parte de acuerdo con lo previsto en los respectivos Estatutos de Autonomía las fase de ejecución de los controles petrológicos, así como la vigilancia e inspección, pueden ser realizados por las Comunidades Autónomas o, en su caso, por los Ayuntamientos, con arreglo a sus respectivas competencias y de conformidad con las directrices técnicas y de coordinación que disponga la Administración General del Estado. Los actos que realicen los órganos de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas aplicación de la Ley de metrología tienen eficacia a en todo el territorio nacional.

Los instrumentos sometidos a control petrológico deben incluir informa-

---

<sup>9</sup> Artículo 7.2 en la redacción dada por Ley 25/2009.

ción clara y precisa para los consumidores y usuarios sobre su estado de verificación.

Se denominan medios de control metrológico a todos aquellos instrumentos que se establecen con la finalidad de que la Administración pueda verificar que aquellos sujetos que intervienen en el ámbito metrológico cumplen con los deberes y prohibiciones a los que están sometidos. Los medios de control previstos por la legislación metrológica son variados. En función de cuál sea el elemento sobre el que recaiga ese control, podemos distinguir dos grandes categorías: por un lado, aquellos medios que se centren en los instrumentos de medida; y por otro lado, aquellos que se destinan a los sujetos que realizan concretas actividades de contenido metrológico.

#### IV. EL REGISTRO DE CONTROL METROLÓGICO

La nueva redacción dada la Ley de metrología regula el Registro de control metrológico de carácter público y la Ley incluye un mandato de regulación reglamentaria. En dicho registro administrativo deben ser inscritos los datos relativos a las personas o entidades que fabriquen, importen o comercialicen, reparen o cedan en arrendamiento los instrumentos o sistemas sometidos al control metrológico del Estado y sus modificaciones. De igual manera deberán ser inscritas en dicho registro los nombres y denominaciones de las personas y entidades que intervengan en las fases del control metrológico establecidas en la propia Ley es decir la evaluación de la conformidad y el control metrológico de instrumentos de servicio.

Los reparadores de instrumentos sometidos a control deben, con anterioridad al inicio de actividad, presentar al registro de control petrológico una declaración responsable sobre disponibilidad de los medios técnicos y el cumplimiento de los requisitos relativos a los procedimientos de trabajo y cualificación técnica profesional en los términos que se determinen reglamentariamente. No es necesario presentar declaración responsable a las entidades reparadoras establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea que preste sus servicios en régimen de libre prestación en territorio español.

Las inscripciones en el Registro de Control metrológico se realizan de oficio por la propia Administración a partir de la información aportada en la primera operación que realicen, o en el trámite de designación para su intervención en el control petrológico o en la declaración responsable que la propia Ley regula. Esta declaración responsable habilita, desde el día de su presentación,

para el desarrollo de la actividad de que se trate en todo el territorio español con una duración indefinida, además cualquier modificación sobrevenida debe ser comunicada al Registro, teniendo en cuenta que el incumplimiento de lo dispuesto en los párrafos anteriores, la falsedad originada o sobrevenida en la declaración responsable, la utilización de procedimientos técnicos contrarios a los reglamentarios y la utilización y colocación de precintos diferentes a los que se establezcan reglamentariamente, estarán incurso en infracción legal.

## V. EL CONTROL SOBRE LOS INSTRUMENTOS DE MEDIDA

Aquí los medios de control se distribuyen en dos fases: la primera, con anterioridad a la puesta en el mercado del instrumento de medida es lo que la ley en su nueva redacción denomina evaluación de la conformidad; y la segunda, una vez que el producto ya está en servicio o control metrológico de instrumentos en servicio. En la primera fase, lo que la legislación metrológica ha establecido es un procedimiento de autocontrol. Esto significa que es el productor el que tiene el deber de aplicar una serie de procedimientos de evaluación de la conformidad del producto con las exigencias reglamentarias, generalmente con la intervención de unas entidades ajenas a él (los denominados organismos notificados y organismos de control metrológico) y emitir, una vez superados esos procedimientos, una declaración donde se recoja la conformidad del producto con esas exigencias reglamentarias.

Por su parte, la segunda fase sí se articula a través de procedimientos administrativos de control que consisten en la verificación después de reparación o modificación, en la verificación periódica y en la vigilancia e inspección. Como se ha dicho, la ejecución de estos instrumentos corresponde a las Administraciones públicas competentes, las Comunidades Autónomas, que, no obstante, podrán contar con la colaboración de otros sujetos en la realización de las actividades de carácter técnico.

El control sobre los individuos o entidades que lleva a cabo actividades concretas de contenido metrológico, que constituyen un grupo en el que hay que distinguir, por un lado, entre sujetos que realizan las actividades de fabricación, importación, comercialización, arrendamiento y reparación de instrumentos de medida sometidos a control metrológico; y, por otro, aquellas entidades que intervienen en las actividades de control metrológico. Los primeros se encontraban, inicialmente, sometidos a su inscripción en el Registro de Control Metrológico, inscripción que tenía naturaleza autorizatoria; sin embargo, la transposición de la Directiva Servicios mediante la Ley 25/2009 ha trans-

formado la naturaleza jurídico-administrativa de esta inscripción en una comunicación responsable de carácter preciso.

Por otro lado, las entidades que intervienen en el control metrológico están sometidas a procedimientos de control de naturaleza autorizatoria y tienen un carecer de entidad colaboradora.

Con carácter general, el artículo 17 del Reglamento de Control Metrológico prevé que en el ámbito de sus competencias, las administraciones públicas adoptarán las medidas oportunas para evitar que los instrumentos de medida sujetos al control metrológico del Estado, que no cumplan las disposiciones establecidas en este real decreto y en su reglamentación específica, se comercialicen o se pongan en servicio según proceda. Se incluye aquí una habitación, aunque con los problemas que plantea que se encuentre en una norma de carácter reglamentario y no en una norma con rango legal, para que la Administración adopte las medidas necesarias, que tampoco se concretan, para evitar o poner fin a esas situaciones de incumplimiento reglamentario. Finalmente, debe tenerse en cuenta que las medidas que adopte la Administración en virtud de esta habilitación, por ej., el precinto e inmovilización de un determinado instrumento de medida, no tienen naturaleza sancionadora.

## VI. EL CONSEJO SUPERIOR DE METROLOGÍA

La Ley 3/1985 creó el Consejo Superior de Metrología como órgano colegiado de la Administración General del Estado con funciones de asesoramiento y coordinación del estado en materia científica, técnica, histórica y legal en lo relativo a la metrología y en el cual, a iniciativa de sus órganos de gobierno se integran los representantes de las Administraciones Públicas. La estructura, composición y funcionamiento del Consejo Superior de Metrología fue regulada por Real Decreto 584/2006 que adscribió este órgano colegiado al Ministerio de Industria asignándole las siguientes funciones:

- Coordinar las actividades de los departamentos ministeriales relacionadas con la metrología, estableciendo al efecto los criterios básicos en esta materia.
- Impulsar el desarrollo de la metrología, de acuerdo con los acuerdos internacionales en los que España sea parte, las normas de Derecho comunitario europeo y las recomendaciones de la comunidad científica, velando por la correcta utilización del Sistema Internacional de Unidades (SI) como sistema legal de unidades de medida.

- Proponer al Ministerio de Industria y al Gobierno las acciones necesarias para la obtención, mantenimiento de las unidades básicas y su difusión en todo el territorio español, así como el régimen reglamentario en aplicación del control petrológico del Estado.
- Proponer las directrices para ordenar y potenciar el control petrológico del estado, de forma que dicho control se extienda y desarrolle en los aspectos estructural, técnico y legal.
- Establecer anualmente las prioridades en el ámbito de la política petrológica, tanto en lo relativo a la metrología científica o fundamental como en los ámbito de regulación y presupuestos proponiendo al Gobierno las medidas oportunas para su cumplimiento.
- Informarse periódicamente del grado de cumplimiento de los objetivos y ejecución presupuestaria del Centro español de Metrología y de los laboratorios asociados.
- Informar los proyectos normativos que afecten al ámbito de la metrología.
- Estudiar las reglamentaciones internacionales en la materia y sus propuestas de modificación y emitir estudios e informes solicitados de las autoridades competentes.

El Consejo Superior de Metrología se estructura en los órganos siguientes: El Pleno, la Comisión de laboratorios asociados al Centro español de metrología, la Comisión de metrología legal y la Secretaría Técnica.

El Pleno del Consejo Superior de Metrología está compuesto por los siguientes miembros:

- a) Presidencia desempeñada por el titular de la Secretaría General de Industria.
- b) La vicepresidencia ejercida por el titular de la Dirección del Centro español de Metrología.
- c) Vocales representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Defensa, Economía y hacienda, Interior, fomento, Educación, Ciencia, Industria, Medio Ambiente, Rural y Marino y Sanidad y Consumo.
- d) Tres miembros en representación de las Comunidades Autónomas
- e) Dos personas en representación de los Laboratorios asociados al Centro Español de Metrología.
- f) La Secretaría del Pleno la desempeñará el titular de la Secretaría del Centro Español de Metrología.



Pueden asistir a las sesiones del Pleno, en calidad de asesores y previa convocatoria, con la conformidad del Presidente, un miembro del Cuerpo de Abogados del Estado que preste servicio en la Abogacía del estado del Ministerio de Industria y dos personas que ostenten la condición de funcionarios responsables de metrología científica y legal del Centro Español de Metrología designados por el titular de su dirección.

El Pleno debe reunirse al menos dos veces al año, así como cuando lo convoque la presidencia, por propia iniciativa o a propuesta del quince por ciento de sus miembros. El quorum para la válida constitución de este órgano colegiado en primera convocatoria es de mayoría absoluta y en segunda la tercera parte de sus miembros para la adopción válida de acuerdos.

La Comisión de Laboratorios Asociados es el órgano competente, para informar y proponer al Pleno cuantos asuntos se refieran a la metrología científica o fundamental.; está presidida por el Director del Centro español de Metrología y forman parte de las mismas como vocales las personas que representen a cada uno de los laboratorios asociados al Centro Español de Metrología designadas por la dirección del organismo o laboratorio correspondiente, además de un funcionario del Centro designado por su Director.

En concreto esta Comisión elabora y revisa anualmente un plan de desarrollo y mantenimiento de patrones nacionales e informa las propuestas de reconocimiento de nuevos Patrones Nacionales y de nombramiento de nuevos Laboratorios Asociados y le corresponde el ejercicio de las funciones que le delegue el Pleno.

La Comisión de Metrología Legal es un órgano del Consejo Superior de Metrología cuya presidencia corresponde al titular del centro español de Metrología y son vocales las personas designadas como representantes de cada una de las Comunidades Autónomas integradas.

A esta Comisión de Metrología Legal le corresponde informar y proponer al Pleno cuantos asuntos se refieran a la regulación de instrumentos, laboratorios y organismos que intervienen en el control metrológico del Estado. En particular la Comisión debe informar sobre la necesidad y oportunidad de regular instrumentos y es el foro donde las Comunidades autónomas informan a la Secretaría Técnica sobre los recursos de que pueden disponer para la ejecución que corresponda, además debe examinar, periódicamente, la funcionalidad del registro de Control Petrológico, proponiendo a la Secretaría Técnica las líneas de mejora que considere necesarias.

Corresponde a la Secretaría Técnica del Consejo Superior de Metrología desempeñar las tareas de secretaría, informando al Presidente y al Pleno de cuantos asuntos le demanden; impulsando y coordinando el trabajo de las comisiones de Laboratorios Asociados y de Metrología Legal; diseñando y coordinando la actuación de los diferentes representantes en los organismos internacionales de metrología y redactando anteproyectos de normativa de regulación.

## VII. EL CENTRO ESPAÑOL DE METROLOGÍA: ADMINISTRACIÓN ESTATAL DE PESAS Y MEDIDAS

El Centro español de metrología es un organismo autónomo de la Administración General del Estado de los que regula el artículo 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de industria al que corresponden la conservación de los patrones nacionales de medida, el establecimiento y desarrollo de las cadenas oficiales de calibración, el ejercicio de las funciones de la Administración del Estado en el control metrológico estatal y comunitario europeo, la habilitación oficial de laboratorios de verificación metrológica, el mantenimiento del Registro de Control Metrológico, la ejecución de proyectos de investigación y desarrollo en materia petrológica y la formación de especialistas en metrología. Fue creado por la Ley 31/1990 de 27 de diciembre de presupuestos Generales del Estado para 1991<sup>10</sup> El Centro Español de Metrología, conforme a lo establecido en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social<sup>11</sup>, es un Organismo autónomo de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito orgánicamente al Ministerio de Industria y su Estatuto, aprobado por Real Decreto 1342/2007, regula su naturaleza, régimen jurídico, funciones, estructura organizativa, fines del organismos y régimen económico, patrimonial y de personal. Como organismo autónomo, tiene personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar, y, dentro de su ámbito competencial, le corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos establecidos en el presente estatuto, salvo la potestad expropiatoria.

---

<sup>10</sup> Artículo 100 por el que se crea el Centro Español de Metrología

<sup>11</sup> Artículo 60.

Corresponde al Ministerio de Industria, la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad; así como también el control de eficacia, sin perjuicio del control establecido al respecto por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

El Centro Español de Metrología se rige por lo previsto en el artículo 60 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; en el artículo 100 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, en lo que no se opongan a las citadas leyes; en la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología; en el Real Decreto Legislativo 1296/1986, de 28 de junio, por el que se modifica la Ley 3/1985, de 18 de marzo y se establece el control metrológico CEE; en la Ley 30/1992; Ley de Contratos del Sector Público; en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; por este estatuto, y por las demás disposiciones aplicables a los organismos autónomos de la Administración General del Estado.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado tres del artículo 100 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, el Centro Español de Metrología tiene los siguientes fines:

- a) La custodia y conservación de los patrones nacionales de medida.
- b) El establecimiento y desarrollo de las cadenas oficiales de calibración.
- c) El ejercicio de las funciones de la Administración General del Estado en el control metrológico del Estado y en el control metrológico CEE.
- d) La habilitación oficial de laboratorios de verificación metrológica.
- e) El mantenimiento del Registro de Control Metrológico.
- f) La ejecución de proyectos de investigación y desarrollo en materia metrológica.
- g) La formación de especialistas en metrología.

Para el cumplimiento de los fines enumerados en el artículo anterior, y en el mismo ámbito que les corresponde, el Centro Español de Metrología ejerce las siguientes funciones:

- a) Obtención, realización, definición y conservación de los patrones nacionales de las unidades de medida.
- b) Designación de Laboratorios Asociados al Centro Español de Metrología y depositarios de patrones nacionales.
- c) Cumplimiento de los requisitos establecidos en el Acuerdo de Reco-

- nocimiento Mutuo suscrito por los Institutos Nacionales de Metrología pertenecientes a la Convención del Metro.
- d) Celebración de convenios de colaboración y cooperación en metrología con entidades públicas y privadas ejerciendo la dirección y coordinación de los trabajos correspondientes.
  - e) Establecimiento y coordinación de las cadenas oficiales de calibración.
  - f) Prestación de servicios de calibración y asesoramiento a los usuarios de la metrología.
  - g) Estudio y preparación de los anteproyectos de disposiciones legales en materia metrológica.
  - h) Llevanza y mantenimiento del Registro de Control Metrológico.
  - i) Redacción de las Directrices técnicas y de coordinación en metrología legal.
  - j) Realización de los ensayos correspondientes a las distintas fases de control metrológico.
  - k) Actuación como Secretaría Técnica del Consejo Superior de Metrología.
  - l) Actuación como organismo notificado, de control metrológico y autorizado de verificación metrológica a los que se refiere el artículo 19 del Real Decreto 889/2006, de 21 de julio, por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida.
  - m) El ejercicio de las funciones de la Administración General del Estado en el control metrológico del Estado y en el control metrológico CEE.
  - n) Realización de proyectos de investigación y desarrollo para la realización de nuevos patrones nacionales.
  - o) Difusión y transferencia de tecnología.
  - p) Formación de especialistas en metrología, impartición de cursos, seminarios y jornadas por el propio Centro o en colaboración con Universidades, otras Administraciones Públicas y otros organismos y empresas.
  - q) Representación de España en las organizaciones internacionales de metrología, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.
  - r) Elaboración y publicación de manuales, procedimientos, guías relativas a instrumentos de medida y otras publicaciones sobre metrología.
  - s) Promoción de la metrología como herramienta fundamental de la infraestructura de la calidad.
  - t) Desempeño de las responsabilidades asumidas con los Organismos de Normalización y Certificación y Entidades de Acreditación como agentes de la infraestructura de la calidad industrial.
  - u) Gestión de la Oficina de Atención al Ciudadano y mantenimiento de la Carta de Servicios del Organismo.

- v) Dictar laudos arbitrales en casos litigiosos, cuando oficialmente sea requerido para ello.
- w) Actuación como organismo de cooperación administrativa para el intercambio de información con los organismos homólogos designados a tal efecto por el resto de los Estados miembros de la Unión Europea y con la Comisión Europea, así como con las Administraciones públicas competentes en relación con los procedimientos de evaluación de la conformidad y la vigilancia del mercado de los instrumentos sometidos a control metrológico del Estado.
- x) Cualquiera otra actividad que redunde en beneficio de sus fines.

## VIII. ÓRGANOS DEL CENTRO ESPAÑOL DE METROLOGÍA Y SUS FUNCIONES

El Centro Español de Metrología tiene los siguientes de dirección:

- a) La Presidencia.
- b) El Consejo Rector.
- c) El Director.

La Presidencia del Organismo es ejercida por el titular de la Secretaría General de Industria a quien corresponden las siguientes competencias:

- Representación institucional del Centro Español de Metrología, la dirección estratégica del organismo y la presidencia del Consejo Rector.
- Aprobar los gastos y ordenar los pagos del Organismo; así como firmar los contratos y convenios, sin perjuicio de las delegaciones realizadas en el Director del Centro.
- Ejercer las demás competencias que le sean atribuidas conforme al ordenamiento jurídico.

Los actos y resoluciones del Presidente, dictados en el ejercicio de sus potestades administrativas, ponen fin a la vía administrativa. Contra dichos actos y resoluciones cabe interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio del recurso potestativo de reposición previsto en la Ley 30/1992 LRJ. Asimismo también deben ser resueltas por el Presidente del Centro Español de Metrología las reclamaciones previas, en asuntos civiles y laborales. Por otra parte, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resuelven de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.2 de la LRJ..

El Consejo Rector es un órgano colegiado que conoce y orienta las actividades del Organismo y se rige por lo dispuesto en el Estatuto del Centro y por lo establecido en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; es convocado por su Presidente y se reúne en sesión ordinaria, al menos una vez al año y en sesión extraordinaria cuando lo juzgue necesario el Presidente o a petición de la mayoría de sus miembros. Los acuerdos se adoptan por mayoría de miembros asistentes y en caso de empate, el voto del Presidente tiene carácter dirimente. Además, el Presidente también puede convocar a las reuniones del Consejo Rector, cuando lo considere conveniente, atendiendo a los temas que se vayan a tratar, a personas del Centro o ajenas al mismo, en calidad de asesores, con voz pero sin voto.

El Consejo Rector está integrado por los siguientes miembros:

Presidente: el Presidente del Organismo.

Vicepresidente: el Director del Centro Español de Metrología.

Vocales:

- a) Un representante, con nivel de subdirector general, designado por la Subsecretaría del Departamento correspondiente, de cada uno de los Ministerios de: Asuntos Exteriores y de Cooperación; Defensa, Economía y Hacienda, Interior, Fomento, Educación y Ciencia, Agricultura, Pesca y Alimentación, Presidencia, Administraciones Públicas, Sanidad y Consumo, Medio Ambiente y Vivienda.
- b) Dos subdirectores generales nombrados por la Subsecretaría del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.
- c) El Abogado del Estado jefe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.
- d) Cinco personas nombradas por el secretario General de Industria, dos de ellas de reconocido prestigio en el ámbito de la acreditación, normalización y calidad industrial y las tres restantes entre miembros de reconocido prestigio en la comunidad científica metroológica.

Actúa como Secretario del Consejo Rector, con voz pero sin voto, el Secretario General del Centro Español de Metrología.

Las funciones del Consejo Rector son las siguientes:

- a) Definir las líneas generales de actuación del Centro Español de Metrología, de acuerdo con las directrices del Departamento.
- b) Determinar la planificación a medio y largo plazo del Organismo y

- proponer al Presidente las líneas estratégicas de actuación del Centro Español de Metrología.
- c) Conocer de los acuerdos y convenios de colaboración concertados por el Centro Español de Metrología en el ámbito nacional.
  - d) Conocer de los resultados técnicos y económicos alcanzados por el Organismo en el desarrollo de sus actividades.
  - e) Aprobar el anteproyecto de presupuestos del Organismo e informar anualmente las líneas básicas de su elaboración.
  - f) Aprobar la memoria anual del Organismo.
  - g) Deliberar e informar sobre todos aquellos asuntos que afectando a la gestión del Centro Español de Metrología le sean sometidos por su Presidente.

El Director del Centro Español de Metrología, que debe tener, al menos, categoría de Subdirector General, es nombrado y cesado mediante Orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, a propuesta del Secretario General de Industria.

Corresponden al Director las siguientes funciones:

- a) Proponer al Presidente, para su aprobación, las medidas necesarias para la mejor gestión del Organismo, que sean competencia de aquél.
- b) Resolver los procedimientos establecidos en la Ley 3/1985, de 18 de marzo; en el Real Decreto Legislativo 1296/1986, de 28 de junio, así como en sus disposiciones de desarrollo, salvo las resoluciones administrativas sancionadoras por infracciones a la normativa metrológica, sin perjuicio de las funciones que correspondan a las Comunidades Autónomas.
- c) Someter al Consejo Rector los temas que sean competencia del mismo.
- d) Dirigir y coordinar el desarrollo de la planificación del Centro Español de Metrología.
- e) Impulsar y supervisar las actividades que formen parte de la gestión ordinaria del Organismo.
- f) Velar por el buen funcionamiento de las distintas unidades del Centro Español de Metrología y del personal integrado en las mismas.
- g) Organizar el trabajo, ordenando los medios materiales y de personal precisos para la ejecución de las actividades del Organismo.
- h) Elaborar el anteproyecto de presupuesto anual del Centro Español de Metrología y dirigir la ejecución presupuestaria.
- i) Autorizar la redacción y realizar la aprobación de los pliegos para la contratación de obras, gestión de servicios, suministros, consultoría y asistencia técnica.

- j) La aprobación de los gastos y ordenación de los pagos del organismo; la firma de contratos y convenios, hasta las cuantías que le delegue el presidente, así como la formación y la rendición de las cuentas anuales debidamente aprobadas en los términos establecidos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.
- k) Ejercer todas aquellas funciones de dirección, gestión y control no atribuidas a los demás órganos de gobierno del Centro Español de Metrología y las que se les encomienden reglamentariamente o le delegue el Presidente del Organismo

Los actos y resoluciones del Director, dictados en el ejercicio de las potestades administrativas que le atribuye como propias el artículo 10 de este estatuto, no agotan la vía administrativa.

2. Contra tales actos y resoluciones cabrá interponer recurso de alzada ante el Presidente del Organismo, conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Como órganos responsables dependientes del Director, y con las competencias que se les asigna, existirán las unidades:

- a) División Científica y de Relaciones Institucionales.
- b) División de Metrología Aplicada y Legal.
- c) Secretaría General.

Corresponde a la División Científica y de Relaciones Institucionales el ejercicio de las funciones atribuidas al Centro Español de Metrología en el artículo 4, apartados a), b), c), e), n), y o), así como la asistencia al Director en las funciones propias del mismo.

Corresponde a la División de Metrología Aplicada y Legal el ejercicio de las funciones atribuidas al Centro Español de Metrología en el artículo 4, apartados g), h), i), j), l), m) y w) así como la asistencia al Director General en las funciones propias del mismo.

Ambas Divisiones deben colaborar, en el ámbito de sus respectivos campos de actuación, en las funciones señaladas en el artículo 4, apartados d), f), k), p), q), r), s), t), u), v), y x).

Corresponde a la Secretaría General del Organismo, la gestión económica, de personal y de compras del Centro Español de Metrología, el soporte de



los sistemas de información y en general, el mantenimiento y buen funcionamiento de los recursos del Centro.

Los titulares de estos órganos son nombrados y separados de su cargo de acuerdo con el nivel del puesto, en la forma establecida para los funcionarios de la Administración General del Estado y de acuerdo con la correspondiente relación de puestos de trabajo.

La imagen institucional del Centro Español de Metrología debe ajustarse a lo establecido en la normativa vigente que regula los criterios de imagen institucional y la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado

En lo que hace a la cuestión patrimonial, los bienes y medios económicos del Centro Español de Metrología son los siguientes:

- a) Los bienes y valores que constituyen su patrimonio.
- b) Los productos y rentas de dicho patrimonio.
- c) Las consignaciones específicas que tuviera asignadas en los Presupuestos Generales del Estado.
- d) Las transferencias corrientes o de capital procedentes de las Administraciones o entidades públicas.
- e) Los ingresos que se deriven de sus operaciones y, en particular de las actuaciones convenidas con otros órganos e instituciones de las Administraciones públicas para el desarrollo de las funciones del Organismo.

En otro orden también corresponde al Centro Español de Metrología la titularidad de las invenciones realizadas por su personal como consecuencia del ejercicio de sus funciones. La explotación y cesión de invenciones realizadas en el organismo se regirá por lo establecido en el artículo 20 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, y en el Real Decreto 55/2002, de 18 de enero, sobre explotación y cesión de invenciones realizadas en los entes públicos de investigación.

## IX. EL CONTROL METROLÓGICO CEE

El Real Decreto Legislativo 1296/1986 modificó la Ley 3/1985 de Metrología creando, un Control Metrológico CEE, con efectos en el ámbito comunitario europeo, con independencia del control metrológico que ésta había establecido y previendo su desarrollo reglamentario.

En cumplimiento de dicha previsión legal, se reguló<sup>12</sup> el Control metrológico CEE que es de aplicación a los siguientes aspectos:

- a) Los instrumentos de medida y sus componentes, así como a los dispositivos complementarios y a las instalaciones de medición, que quedan comprendidos, a estos efectos, bajo la denominación legal de instrumentos.
- b) Las unidades de medida, la armonización de los métodos de medición y control petrológicos y, eventualmente, a los medios necesitados para su aplicación.
- c) Los productos preenvasados también están sujetos a lo establecido en esta disposición respecto de los métodos de medida, control petrológico y marcado de cantidades<sup>13</sup>.

Las categorías de instrumentos de medida y los métodos de medida o de control que puedan ser objeto de control metrológico CEE son determinados por el Gobierno y corresponde al Centro Español de Metrología realizar en España el control metrológico CEE. No puede rechazarse, prohibirse o restringirse la entrada en el mercado o la puesta en servicio de un instrumento o producto de los incluidos en el citado Real Decreto que se encuentre provisto de las marcas o signos CEE y en las condiciones establecidas en esta u otras disposiciones que sean aplicables. La aprobación del modelo CEE, así como la verificación primitiva CEE tienen el mismo valor que las efectuadas de acuerdo con las normas de control metrológico establecidas en la Ley de metrología y normas de desarrollo.

La aprobación del modelo CEE tiene por objeto comprobar que el modelo cumple las condiciones exigidas para la categoría de instrumentos a la que pertenece y comporta la admisión del instrumento de que se trate a la verificación primitiva CEE y si ésta no fuera necesaria, la autorización de entrada en el mercado o puesta en servicio.

Cuando los equipos de control disponibles no lo permitan, el Centro español de metrología concederá a petición del fabricante la aprobación de mo-

---

<sup>12</sup> Mediante Real Decreto 597/1988 modificado por Real Decreto 111/2007 con el fin de transponer las Directivas Comunitarias europeas 2006//96/CE y 2007/13/CE relativas a la libre circulación de mercancías y aproximación de legislaciones en materia de instrumentos de medida.

<sup>13</sup> Artículo 1.

delo CEE a todo instrumento que satisfaga las prescripciones establecidas en la normativa de aplicación.

Las solicitudes de aprobación del modelo CEE solo pueden presentarse por el fabricante o su representante establecido en cualquier Estado miembros de la Unión Europea. Por su parte, las modificaciones o acoplamientos introducidos en un instrumento sobre el que hubiera recaído en España una aprobación de modelo CEE deberán comunicar al Centro español de metrología que deberá dar traslado de la comunicación a los demás Estados miembros.

Cuando un instrumento supere el examen de aprobación de modelo CEE debe extenderse el certificado correspondiente y notificarlo al solicitante, el cual está obligado, cuando así esté legalmente previsto, a consignar sobre cada instrumento que se ajuste a modelo aprobada la marca de aprobación de modelo CEE, en los demás casos esta consignación tienen carácter voluntario.

También puede concederse una aprobación de modelo CEE con efectos limitados, previa consulta de los órganos competentes de los demás Estados miembros, cuando se empleen técnicas nuevas no previstas en la normativa concreta reguladora. Este tipo de aprobación puede incluir las siguientes restricciones:

- a) limitación del número de instrumentos que se benefician de la aprobación.
- b) Obligación de notificar los lugares de instalación a las autoridades competentes.
- c) Limitación de utilización.
- d) Limitaciones especiales relacionadas con la técnica empleada.

La aprobación de modelo CEE debe ser revocada en los siguientes casos:

- Si los instrumentos cuyo modelo ha sido objeto de aprobación no se ajustan al mismo o a las disposiciones específicas aplicables.
- Si no se respetan las exigencias metrológicas especificadas en el certificado de aprobación o las restricciones incluidas en la aprobación.
- Si se comprueba que la aprobación ha sido concedida con infracción de lo establecido en las disposiciones aplicables.

También procede la revocación si los instrumentos cuyo modelo haya sido objeto de aprobación y, al utilizarlos, presenten un defecto de carácter general que los haga inadecuados para lo que estaban previstos.

Si el Centro Español de Metrología es informado por el órgano competente de un Estado miembro de la UE de la existencia de una de las causas legales de revocación que incluye el propio Real Decreto debe proceder a revocar la aprobación del modelo; por otra parte la introducción en el mercado y la puesta en servicio de instrumentos procedentes de otros Estados miembros de la UE puede ser suspendida cuando presenten defecto que los haga inadecuados para lo que estaban previstos.

La verificación primitiva CEE, que se materializa con la marca correspondiente, consiste en el examen y comprobación de la conformidad de los instrumentos nuevos o renovados con el modelo aprobado, con los requisitos legales que sean de aplicación. La verificación de los instrumentos se lleva a cabo si los equipos y procedimientos de control lo permiten a través de la comprobación correspondiente a cada unidad o por el procedimiento legalmente establecido.

Esta verificación primitiva CEE se realiza por el Centro español de Metrología o por los Laboratorios oficialmente autorizados por éste en la forma prevista para cada instrumento.

El examen de un instrumento presentado a la verificación primitiva CEE debe determinar, con carácter general, las dos circunstancias siguientes:

- a) Si el instrumento pertenece a una categoría exenta de la aprobación de modelo CEE y, en ese caso, si cumple las prescripciones de realización técnica y funcionamiento exigidas por la normativa específica.
- b) Si el instrumento ha sido objeto de una aprobación de modelo CEE y si es así si se ajusta al modelo aprobado y a la normativa específica vigente en la fecha de otorgamiento de dicha aprobación.

En concreto dicho examen debe recaer sobre las cualidades metrológicas; los errores máximos tolerados, la construcción, en la medida en que ésta garantice que las propiedades metrológicas no corren riesgo de disminuir de manera importante por el uso normal del instrumento y sobre la existencia de inscripciones descriptivas reglamentarias así como de las placas de contraste o emplazamiento que permitan la colocación correcta de las marcas de verificación primitiva CEE.

Las marcas de verificación parcial o final CEE son estampadas, bajo res-

ponsabilidad del Centro Español de Metrología sobre los instrumentos que hayan superado los controles de verificación primitiva CEE.

Los instrumentos que cumplan las prescripciones de la normativa específica que les sea de aplicación y que no requieran la verificación primitiva CEE deben llevar, puesto por el fabricante y bajo su responsabilidad el signo especial correspondiente.

## X. LOS PROCEDIMIENTOS DE APROBACIÓN DEL MODELO CEE

### 1. Solicitud de aprobación del modelo CEE

La solicitud de toda la documentación debe redactarse en lengua castellana contando con las siguientes indicaciones:

- Nombre y domicilio del fabricante, de la firma o su representante.
- Categoría del instrumento.
- Utilización prevista.
- Características petrológicas.
- La posible denominación comercial.

La solicitud que debe ir acompañada de dos ejemplares de los documentos necesarios para su examen en concreto los siguientes:

- a) Una nota descriptiva relativa a la construcción y funcionamiento del instrumento; los dispositivos de seguridad que garanticen el buen funcionamiento, los dispositivos de regulación y de ajuste, los lugares previstos para marcas de verificación y precintos si fueran precisos.
- b) Los planos de montaje del conjunto y los más importantes de construcción.
- c) Un esquema de principio y eventualmente una fotografía.
- d) La solicitud si hubiera lugar de los instrumentos relativos a las aprobaciones nacionales ya obtenidas.

Debe enviarse una ejemplar de la solicitud al resto de estados miembros.

### 2. Examen para la aprobación del modelo CEE

El examen consiste en las siguientes fases:

- a) Estudio del documento y examen de las características petrológicas del modelo en los laboratorios del Centro Español de Metrología o en otros laboratorios autorizados o en el o en el lugar de fabricación, distribución o instalación.
- b) Si se conocieran en detalle las características petrológicas del modelo, únicamente el estudio de los documentos presentados.
- c) El examen se extenderá al funcionamiento del conjunto de instrumento en condiciones normales de utilización. En dichas condiciones, el instrumento deberá conservar las cualidades petrológicas exigidas.
- d) La naturaleza y el alcance del examen del estudio puede ser determinado mediante disposiciones concretas que lo regulen.
- e) El Centro Español de Metrología puede exigir al solicitante que ponga a su disposición los patrones de medida y los medios adecuados en material y personal auxiliar que sean necesarios para la realización de pruebas de aprobación.

### **3. Certificado y signo de aprobación CEE**

El certificado debe reproducir las conclusiones del examen de modelo y establecer los demás requisitos que deben cumplirse y se adjuntarán al misma las descripciones, planos y esquemas necesarios para identificar el modelo y explicar el funcionamiento. El signo de aprobación previsto por una letra mayúscula E y las dos última cifras del año de aprobación. Cuando la aprobación haya sido concedida por otro Estado miembro, en lugar de la E figurará la letra correspondiente a ese estado (B para Bélgica, BG para Bulgaria, CZ para la república Checa, DK para Dinamarca, D para Alemania, EST para Estonia, EL para Grecia, F para Francia, IRL para Irlanda, I para Italia, CY para Chipre, LV para Letonia, LT para Lituania, L para Luxemburgo, H para Hungría, M para Malta, NL para los Países Bajos, A para Austria, PL para Polonia, P para Portugal, RO para Rumanía, SI para Eslovenia, SK para Eslovaquia, FI para Finlandia, s PARA Suecia y UK para el reino Unido <sup>14</sup>.

En la parte inferior, una designación a determinar por el servicio de metrología que haya concedido la aprobación<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> El Real Decreto 597/1988 fue modificado en este punto por el Real Decreto 111/2007, de 24 de agosto.

<sup>15</sup> Número característico.

En el caso de una aprobación CEE de efecto limitado, el signo se completará con la letra P, que tendrá las mismas dimensiones que la letra estilizada e irá colocada delante de ella. Para los instrumentos que no se requiera la aprobación de modelo CEE, el signo a colocar por el fabricante y bajo su responsabilidad será análogo al signo de aprobación CEE en el que se sustituye la letra estilizada e por su imagen simétrica sin ninguna otra indicación salvo que se disponga otra cosa en normativa de aplicación.

Los signos a que se refieren los puntos mencionados y colocados por el fabricante, de conformidad con el Real Decreto 597/1988 deben ser visibles, legibles e indelebles sobre cada instrumento y cada dispositivo complementario presentado a su verificación. Si la estampación presenta dificultades de orden técnico, podrán preverse excepciones en disposiciones específicas o bien los servicios de metrología de los Estados miembros podrán admitirlas previo acuerdo.

#### **4. Depósito de modelo**

En los casos previstos por disposiciones específicas, el Centro Español de Metrología puede exigir, si lo considera oportuno, el depósito de un modelo del instrumento que haya sido aprobado. En lugar de ese modelo de muestra, podrá autorizarse el depósito de maquetas, dibujos o partes del instrumento, mencionándolo en el certificado de aprobación CEE.

#### **5. Publicidad de la aprobación**

Las aprobaciones del modelo CEE, de efecto pleno o limitado básicas o complementarias, se publican en un anexo especial del Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE). En el momento de la notificación al interesado se envían copias del certificado de aprobación CEE a la Comisión Europea y a los demás Estados miembros, quienes pueden recibir, si lo solicitan, copias de las actas de los exámenes petrológicos. La suspensión de una aprobación de modelo CEE y demás actos que afecten a la extensión y validez de la aprobación de modelo CEE serán objeto de publicación en el Diario Oficial y notificación a los demás Estados miembros.

Cuando rechace una aprobación de modelo CEE el Centro Español de Metrología debe informar de ellos a los demás Estados miembros y a la Comisión Europea.

## 6. Signos relativos a la aprobación de modelo CEE

El propio Real Decreto incluye ejemplos de signo de aprobación en el anexo I. de acuerdo con las directrices incluidas en el punto 3 de acuerdo a la redacción dada por el Real Decreto 1111/2007.

En el próximo número incluiremos la última práctica profesional de conclusión sobre esta materia incluyendo una relación de la normativa de aplicación.

## XI. COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS EN MATERIA METROLÓGICA

El artículo 149.1.12<sup>a</sup> CE establece que el estado tiene competencia exclusiva en legislación sobre pesas y medidas, determinación de la hora oficial. Por tanto, es el Estado quien únicamente puede aprobar normativa de carácter metrológico y corresponde a las Comunidades Autónomas, en virtud de lo asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía, todas las competencias ejecutivas, incluyendo en éstas, las limitadas competencias normativas de carácter procedimental y organizativo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha admitido en supuestos como éste.

Además, el artículo 7.4 Ley de Metrología establece que esa ejecución autonómica debe efectuarse de acuerdo con las directrices técnicas y de coordinación establecidas por la Administración General del Estado. Ninguna tacha de inconstitucionalidad formularon las SSTC 100/1991 y 236/1991 a esta competencia estatal de dictar directrices técnicas y de coordinación. Más aún, la STC 100/1991, declaró, expresamente, que las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la metrología debían realizarse <<con sujeción estricta a las normas reglamentarias y a las directrices técnicas y de coordinación señaladas por la Administración del Estado, o lo que es igual, que la competencia normativa del Estado sobre pesas y medidas<sup>16</sup> se extiende también a la aprobación de las directrices técnicas y de coordinación que sean necesarias para una ejecución uniforme de tal normativa por parte de las Comunidades Autónomas. Con todo, debe advertirse que la Administración del Estado mantiene las competencias ejecutivas en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

---

<sup>16</sup> Derivada del artículo 149.1 12 de la Constitución.



El Tribunal Constitucional abordó la cuestión de las competencias en esta materia<sup>17</sup> determinando el objeto de la misma de conformidad con lo recogido en el artículo 149.12 de la CE y el Estatuto de Cataluña donde se establece el régimen de distribución de competencias en materia de pesas y medidas también denominada metrología, señalando que la CE reserva al Estado la legislación sobre pesas y medidas y consecuentemente se asume en el Estatuto la ejecución de la legislación del Estado. El alcance que debe concederse a estos conceptos de legislación y ejecución como criterio de deslinde competencial es el mismo que resulta de una reiterada jurisprudencia constitucional en otras materias competenciales<sup>18</sup> elaborada en torno a otros preceptos constitucionales que emplean la misma técnica. De manera que el Tribunal Constitucional ha declarado que cuando la CE utiliza el término legislación y lo atribuye a la competencia estatal incluye los reglamentos tradicionalmente denominados ejecutivos, que se dictan en ejecución de una Ley y que son complementarios de la normativa recogida en ésta, a fin de mantener cierta uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, facilitando la relación entre Ley y reglamento. Una vez sentado este criterio el Tribunal pasa a determinar el carácter normativo o ejecutivo de las facultades reservadas al Estado.

Por otra parte hay que tener en cuenta que una de las primeras sentencias del tribunal Constitucional que contribuyó a asentar la cuestión sobre la participación de las comunidades autónomas en el desarrollo normativo y ejecución del Derecho comunitario es la dictada en un asunto relativo a materia de metrología<sup>19</sup>, en ella el alto tribunal dejó claro que el proceso de integración europea no puede ser utilizado para modificar las reglas internas de delimitación competencial ni para invadir competencias ajenas. De este modo el TC ha declarado que la traslación de la normativa comunitaria derivada del Derecho interno debe seguir en cualquier caso los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el estado y las comunidades Autónomas, criterios que no resultan alterados ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias, la cesión del ejercicio de competencias a favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, en cuanto que son poderes públicos.

---

<sup>17</sup> STC 100/1991.

<sup>18</sup> SSTC 33/1981, 18/1982 y 39/1982.

<sup>19</sup> STC 236/1991 de 12.12.1991.

El Sistema metrológico español está formado por una serie de organismos<sup>20</sup> que forman parte de la cúspide de la pirámide petrológica institucional donde se establecen y mantienen los patrones primarios de las unidades de medida correspondientes al Sistema Internacional de Unidades declarado de uso legal en España por la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología. La diseminación de las unidades de medida por todo el país, desde el nivel primario hasta las mediciones realizadas en la industria, el comercio, la ciencia, la educación o los servicios, manteniendo una trazabilidad demostrable a los patrones nacionales, se lleva a cabo mediante el concurso de laboratorios de calibración, la mayoría de ellos acreditados por la Entidad Nacional de acreditación (ENAC). Este conjunto de laboratorios, junto con la propia ENAC, constituye parte importante sistema petrológico español. El correcto funcionamiento de este sistema es vital para la interconexión de todas las capas de la sociedad en las cuales se realizan diariamente multitud de mediciones de diversa índole, con diferente trascendencia. El sistema metrológico español permite garantizar la validez de todas las mediciones realizadas en España, así como la compatibilidad de éstas con las realizadas en otros países, cuestión fundamental para el reconocimiento internacional de los intercambios comerciales y de las contribuciones científico técnicas de España. Todos los integrantes del sistema petrológico español deben trabajar coordinadamente para garantizar la misión que tienen encomendada y el responsable último es el Centro Español de Metrología.

## XII. REGULACIÓN DE LA METROLOGÍA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE nº 68, 20-marzo-2007), establece en su artículo 58.4 que la Comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias ejecutivas en control, metrología y contraste de metales. Por otro lado, el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 13 de mayo y 12 de diciembre de 1991, emitió sendos fallos sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado por la Comunidad Autónoma de Cataluña y sobre diversos conflictos positivos de competencias planteados igualmente por las comunidades autónomas de Cataluña, País Vasco y Andalucía contra la legislación metrológica anteriormente mencionada, declarando

---

<sup>20</sup> Centro español de Metrología, Laboratorios asociados a dicho centro (ROA, IFA-CSIC, INTA, TPYCEA, CIEMAT, ISCIII y LCOE).

que corresponde a las comunidades autónomas citadas la titularidad de las competencias ejecutivas previstas en los Reales Decretos 1616/1985, 1617/1985, y 1618/1985, todos ellos de 11 de septiembre, y el Real Decreto 597/1988, de 10 de junio.

El crecimiento y desarrollo del mercado único europeo y la permanente evolución de la tecnología de los instrumentos de medida, aconsejó la necesidad de adaptar la legislación europea existente sobre dichos instrumentos, adaptación que se ha plasmado en la Directiva 2004/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa a los instrumentos de medida, cuya transposición al derecho interno español se realiza por el Real Decreto 889/2006, de 21 de julio, por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida (BOE nº 183 del 2 de agosto de 2006).

El Decreto 177/1989, de 25 de julio, de la Junta de Andalucía por el que se autoriza la constitución de la empresa de la Junta de Andalucía, Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A., se constituye esta Sociedad Mercantil, bajo la forma de Sociedad Anónima, con personalidad jurídica independiente de la Junta de Andalucía, que actualmente se encuentra adscrita a la Consejería de Economía, Innovación y Empresa.

La sociedad tiene como objeto social la realización de las actuaciones de inspección y control establecidas en las reglamentaciones industriales y en aquellas materias que le sean asignadas por la Junta de Andalucía. En principio su cometido fue la gestión del Servicio Público de Inspección Técnica de vehículos (ITV) en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Para la gestión del Servicio Público de I. T. V., la empresa está concretamente facultada para:

- a) Realizar las inspecciones técnicas de vehículos exigida por la normativa de aplicación.
- b) Realizar los diagnósticos técnicos sobre el estado de vehículos, en especial en cuanto afecta a la seguridad.
- c) Colaborar con la Administración en la aplicación de la reglamentación sobre vehículos y contenedores.
- d) Llevar a cabo cuantas actividades sean complementarias y anejas a las anteriores.
- e) Realizar las inspecciones a los vehículos usados de importación.

En el año 1992, mediante el Decreto 26/1992, de 25 de febrero, la Junta de Andalucía delega sus competencias en materia de control metrológico, en la

empresa pública Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A. En esta norma se reconoce como la experiencia adquirida por la empresa Verificaciones Industriales de Andalucía SA en la gestión de distintos servicios, caracterizados por su extraordinaria complejidad técnica, aconseja que la gestión del servicio público de control metrológico sea asignada a la misma. Se dispone que el control metrológico en el ámbito territorial de Andalucía se llevará a cabo por la empresa de la Junta de Andalucía Verificaciones Industriales de Andalucía, SA teniendo en cuenta que el control metrológico comprende los ensayos para la aprobación de modelo, la verificación primitiva, la verificación después de reparación o modificación de los aparatos de medida, la verificación periódica de los mismos y su vigilancia e inspección, y deberá prestarse con estricta observancia de las disposiciones que regulen dicha materia. Las demás competencias no asignadas seguirán correspondiendo a la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Economía y Hacienda que debe velar por el cumplimiento de la normativa.

En consecuencia, Verificaciones Industriales de Andalucía, S. A. (VEIA-SA), es una empresa pública de la Junta de Andalucía, designada para desarrollar el servicio público de control metrológico reglamentario en el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza, La entidad se constituyó en 1990, siendo su objeto social la realización de actuaciones de inspección y control, derivadas de la aplicación de las distintas reglamentaciones industriales. En la actualidad cuenta con veintisiete estaciones fijas y dos móviles para la Inspección Técnica de Vehículos, ocho Laboratorios Provinciales de Metrología y el Laboratorio Central de Metrología de Andalucía. Cada uno de los Laboratorios Provinciales están dotados con medios humanos y materiales suficientes para atender la demanda territorial de verificaciones de contadores de agua y electricidad, manómetros neumáticos, taxímetros, aparatos surtidores de combustibles e IPFNA. En el ámbito central se prestan los servicios correspondientes a contadores de gas, analizadores de gases de escape de los vehículos automóviles de encendido por chispa, etilómetros, cinemómetros, contadores incorporados en máquinas recreativas y de azar del tipo B y C, registradores de temperatura, opacímetros y sonómetros.

Las fases del control metrológico (aprobación de modelo, verificación primitiva, verificación después de reparación o modificación y verificación periódica) que regulan, a los instrumentos de pesajes de funcionamiento no automático (IPFNA), han sido legisladas por varias Ordenes Ministeriales.

Debido a que la gran mayoría de los fabricantes de IPFNA de alcance máximo igual o inferior a 30 kg (balanzas) e incluso inferior a 1.000 kg, realizaban a través de sus propios laboratorios autorizados, la verificación primitiva esta-

blecida en la Orden Ministerio de 28 de diciembre de 1988, en 1992 no existían solicitudes de verificación para este tipo de instrumentos. En el caso de IPFNA del tipo básculas puente, este hecho se acentuaba menos debido a la necesidad de realizar la verificación primitiva in situ. Esto ocasionaba en algunos casos que el fabricante solicitara la verificación primitiva al/los Laboratorio/s autorizado/s de la Comunidad Autónoma.

Tras la publicación de la Orden Ministerial de 24 de noviembre de 1992 sobre control metrológico CEE de los IPFNA, que incorporaba la Directiva Comunitaria 90/384/CEE, y comprobar que no iba a cambiar la tendencia sobre la realización de las verificaciones relacionadas con la puesta en servicio de los IPFNA, VEIASA optó por adquirir en mayo de 1993, una unidad móvil para la verificación de IPFNA del tipo báscula puente. Esta unidad móvil estaba compuesta por un camión rígido, grúa hidráulica y juego de pesas calibradas de 23.000 kg, enfocada a realizar las verificaciones legisladas en esta orden y otros tipos de verificaciones y servicios que con carácter voluntario se solicitaran.

En 1997, es la Dirección General de Industria, Energía y Minas de Andalucía, quien realiza un envío postal informativo de la legislación vigente, a los titulares de IPFNA del tipo báscula puente conocidos o censados, de más de tres mil cartas. Este envío tiene una incidencia significativa, aumentado las verificaciones de IPFNA del tipo báscula puente realizadas durante el año a 481 unidades. Debido al progresivo aumento de las solicitudes de verificación, en abril de 1998 se decide comprar una cuarta unidad móvil de idénticas características a la tercera para poder dar respuesta a las verificaciones que se están solicitando y las que se prevén.

En 1998, VEIASA confecciona un catálogo de básculas en Andalucía, conteniendo una memoria donde se indica la legislación de control metrológico aplicable a los IPFNA del tipo báscula puente, además de un listado de los IPFNA del tipo báscula puente instalados en Andalucía y verificados con resultado conforme a la legislación vigente. Este catálogo es ampliamente difundido entre los titulares incluidos en el listado, organizaciones sectoriales, organismos administrativos implicados, etc....

En el año 1998, el número de verificaciones realizadas a IPFNA del tipo báscula puente fueron 521. Cuando se publica la Orden Ministerial de 27 de abril de 1999, VEIASA dispone ya de cuatro unidades móviles (dotadas de un juego de pesas calibradas de 23.000 kg. cada una) para la verificación de IPFNA del tipo báscula puente y ocho juegos de pesas calibradas

para la verificación de balanzas, uno por Laboratorio Provincial. Tras la publicación de la Orden Ministerial, la Dirección General de Industria, Energía y Minas de Andalucía conjuntamente con VEIASA, ponen en marcha una campaña de visitas a titulares conocidos o censados, que se inicia 1999 y finaliza en 2000. En campañas posteriores los Laboratorios Provinciales y Delegados Provinciales de VEIASA iniciaron un proyecto de difusión de la Orden Ministerial de 27 de abril de 1999, mediante envíos postales y entrevista a los titulares de balanza con el fin de informarles. Durante el año 2000, respecto a IPFNA del tipo báscula puente los Laboratorios Provinciales realizan 784 verificaciones. Respecto a balanzas, se continua con el proyecto de difusión iniciado en el año anterior. Al final del año, en Andalucía se han verificado las balanzas de las grandes superficies comerciales y se ha tomado contacto con diferentes colectivos de profesionales (farmacéuticos, endocrinos, etc.), los cuales utilizan balanzas que le son de aplicación la legislación de control metrológico. Esto ocasiona que en el año se realicen 2.240 verificaciones a estos instrumentos, y se adquieran 5 juegos de pesas calibradas para repartirlas por los Laboratorios Provinciales que mayor demanda de verificación tienen.

En gran medida, lo acontecido durante el año 2000, lo motiva también la publicación y divulgación de la Orden de 25 de febrero de 2000, por la que se regula la ejecución del control metrológico reglamentario de los instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático en Andalucía.

Con el fin de vigilar el cumplimiento de la Orden Ministerial y la Orden de 25 de febrero de 2000, la Dirección General de Industria, Energía y Minas de Andalucía conjuntamente con VEIASA, en 2001, ponen en marcha una campaña de visitas realizada por inspectores, a los comercios ubicados en la Comunidad Autónoma de más de 120m<sup>2</sup>. Esta campaña es acometida y finalizada en el año 2001.

De la campaña realizada extraemos que el 47,85% de las balanzas están conforme a la legislación y el 52,15% no. De las balanzas que no están conforme a la legislación, el 98,85% solicitan la verificación al inspector que realiza la visita y el 1,15% no.

El número de verificaciones realizadas en este año es de 1.114 en IPFNA del tipo báscula puente y de 2.558 en balanzas.

En los años siguientes se adquirieron once juegos de pesas calibradas, para verificar balanzas y dos unidades móviles para la verificación de IPFNA del

tipo báscula puente, dejando fuera de servicio una de las primeras unidades que se adquirieron. De este modo VEIASA se ha ido dotando, progresivamente, de personal adecuadamente formado para la utilización de los equipos adquiridos y para la ejecución de las actividades acometidas.

Como complemento a los Laboratorios Provinciales, desde 1995 el Laboratorio Central de Magnitudes Mecánica de VEIASA presta apoyo técnico, operativo en las campañas de divulgación de las diferentes legislaciones, de formación del personal y gestiona la calibración de los juegos de pesas. Para optimizar la operativa, mantenimiento y funcionamiento de las unidades móviles de verificación de IPFNA del tipo báscula puente, en 1999 se crea el Departamento de Unidades Móviles.

En la actualidad, respecto a las verificaciones de IPFNA del tipo báscula puente, disponemos de siete unidades móviles con sus correspondientes juego de pesas calibradas y un juego de pesas calibradas reservado para sustituir él que se envíe a calibrar. Con estos equipos la capacidad de verificación (aproximadamente 1500 verificaciones anuales) es algo más alta que la demanda actual en Andalucía, con objeto de minimizar los plazos de respuesta.

### XIII. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE METROLOGÍA LEGAL

LA organización Internacional de Metrología Legal (OIML) es una organización intergubernamental formados por Estados miembros que participan en actividades técnicas. Fue establecida en 1955<sup>21</sup>, para promover la armonización mundial de los procedimientos de metrología legal, desde entonces ha desarrollado una estructura técnica mundial que suministra a los miembros junto con las directrices de metrología para la elaboración de los requisitos nacionales y regionales en materia de fabricación y uso de instrumentos de medición para aplicaciones de metrología legal.

La Organización está formada por una Conferencia internacional de metrología legal, un Comité internacional de metrología legal y una oficina internacional de metrología legal.

---

<sup>21</sup> Convención instituyendo una Organización Internacional de Metrología Legal firmada en París el 12de octubre de 1955. modificada en 1968.

La metrología legal comprende todas las actividades para las que se establecen los requisitos legales en la medición, unidades de medida, instrumentos y métodos de medida; estas actividades se llevan a cabo por cuenta o en nombre de las autoridades de los Estados a fin de garantizar un nivel adecuado de credibilidad de los resultados de medición en el marco de la regulaciones nacionales. La metrología legal incluye en general disposiciones relativas a las unidades de medida, a los resultados de medición y los instrumentos de medida. Estas disposiciones se refieren a las obligaciones legales relacionadas con los resultados de medición y los instrumentos de medida, así como al control legal que se lleva a cabo por cada administración nacional. Cada cuatro años se reúne la OIML formada por las delegaciones de Estados miembros, observadores e instituciones internacionales y regionales para definir la política internacional de la Organización; por su parte el Comité Directivo Internacional se reúne todos los años para verificar el progreso técnico de la Organización y la gestión administrativa; por su parte el consenso internacional en materia de metrología legal se alcanza a través de comités y subcomités técnicos cuya composición incluye a representantes de los Estados miembros, organizaciones internacionales de normalización, asociaciones de fabricantes y organismos regionales de reglamentación.

La siete unidades básicas del Sistema Internacional de Unidades que se definen a continuación, proporcionan la referencia utilizada para definir todas las unidades de medida del sistema, estas definiciones son revisadas a medida que se realizan avances científicos que lo exigen.

Las definiciones oficiales de las siete magnitudes básicas del Sistema Internacional de Unidades son las siguientes:

- Longitud: metro, m: El metro es la longitud del trayecto recorrido por la luz en el vacío en un intervalo de tiempo de  $1/299\,792$  s.  
*De aquí resulta que la velocidad de la luz en el vacío, es exactamente 299 792 458 m/s.*
- Masa: Kilogramo, kg: El kilogramo es la unidad de masa; es igual a la masa del prototipo internacional del Kilogramo.  
*De aquí resulta que la masa del prototipo internacional del kilogramo  $m(K)$ , es siempre igual a 1 kg*
- Tiempo: segundo, s. El segundo es la duración de  $9\,192\,631\,770$  periodos de la radiación correspondiente a la transición entre los dos niveles hiperfinos del estado fundamental del átomo de cesio 133.  
*De aquí resulta que la frecuencia de la transición hiperfina del estado fundamental del átomo de cesio  $133\,v(hfs\ Cs)$  es exactamente  $9\,192\,631\,770\ Hz$ .*



- Corriente eléctrica: ampère A: El ampère es la intensidad de una corriente constante que, mantenida en dos conductores paralelos rectilíneos de longitud infinita, de sección circular despreciable y situados a una distancia de 1 metro uno del otro, en el vacío, produciría entre estos conductores una fuerza igual a  $2 \times 10^{-7}$  newton por metro de longitud.
- Temperatura termodinámica: kelvin, K: El kelvin, unidad de temperatura termodinámica, es la fracción  $1/273,16$  de la temperatura termodinámica del punto triple del agua.  
*De aquí resulta que la temperatura termodinámica del punto triple del agua es exactamente 273,16 K.*
- Cantidad de sustancia: mol, mol: El mol es la cantidad de sustancia de un sistema que contienen tantas cantidades elementales como átomos hay en 0,012 kgs. de carbono 12. Cuando se emplea mol las entidades elementales deben especificarse y pueden ser átomos, moléculas, iones, electrones u otras partículas o agrupaciones específicas de tales partículas.
- Intensidad luminosa: candela, cd: La candela es la intensidad luminosa, en una dirección dada de una fuente que emite una radiación monocromática de frecuencia  $540 \times 10^6$  hertz y cuya intensidad energética en esa dirección es  $1/683$  watts por estereorradian.

## **A N E X O**

### **NORMATIVA SOBRE METROLOGÍA**

#### **A) NORMATIVA ESTATAL**

- Ley 3/1985 de 18 de marzo de Metrología modificada por real Decreto Legislativo 1296/1986, Ley 13/1996 y Ley 66/1997)
- Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- Real Decreto Legislativo 1296/1986 de 28 de junio, por el que se establece el control petrológico CEE.
- Real Decreto 597/1988 de 10 de junio por el que se regula el control petrológico CEE.
- Real Decreto 584/2006, de 12 de mayo por el que se determina la estructura, composición y funcionamiento del consejo superior de Metrología.

- Resolución de 20 de Noviembre de 2006 que la Secretaría General de Industria, por la que se publica el Acuerdo de consejo superior de Metrología.
- Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, por la que se crea el Centro español de Metrología.
- Real Decreto 1219/1992, de 2 de octubre, por el que redeclara el Laboratorio de Fotometría y Radiometría del Instituto de Óptica “Daza Valdés” como laboratorio depositario del patrón nacional de intensidad luminosa.
- Real Decreto 1308/1992, de 23 de octubre, por el que se declara el Laboratorio del Real Instituto y Observatorio de la Armada, como laboratorio depositario nacional del tiempo.
- Real Decreto 533/1996, de 15 de marzo por el que se declara al Laboratorio de Metrología de radiaciones Ionizantes del Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), como laboratorio depositario de los patrones nacionales de las unidades derivadas de actividad (de un radionucleido), exposición (rayos x y c), kerma y dosis absorbida, y como laboratorio asociado al Centro español de Metrología.
- Resolución de 31 de octubre de 1997, por la que se dispone la publicación de la relación de procedimientos de la Administración General del Estado.
- Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Tasas de control metrológico.
- Ley 50/1998, de 30n de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social adaptación de organismos.
- Real Decreto 1475/2000, de 4 de agosto, de estructura orgánica del Ministerio de Fomento.
- Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social. Procedimiento Administrativo. Disposición Adicional 29.
- Real decreto 346/2001, de 4 de baril por el que se declaran al Laboratorio Central oficial de Electrotecnia, al Departamento de Metrología y Ensayos del Taller de Precisión y Centro Electrotécnico de Artillería, y al Laboratorio de Temperatura y Humedad del Instituto de Técnica Aeroespacial, como laboratorios asociados al Centro Español de Metrología y depositarios de los patrones nacionales de las unidades derivadas de intervalo de alta tensión eléctrica (superior a 1.000 v) de atenuación en alta de frecuencia y humedad respectivamente.
- Resolución de 12.1.2.2001 sobre reconversión a euros de las cuantías de las sanciones exigidas por los procedimientos sancionadores de la Ley de Metrología.

- Real Decreto 1342/2007 de 1 de octubre por el que se aprueba el Estatuto del Centro Español de Metrología.
- Real Orden de 9 de Diciembre de 1.852, por la que se determinan las tablas de correspondencia recíproca entre las pesas y medidas métricas y las actualmente en uso.
- Convenio de París sobre Sistema Métrico decimal, modificado en Severs el 6.10.1927 (Gacetas de 9.1.1876 y 3.3.1927)
- Orden de 28 de junio de 1974 por la que se aprueba la norma petrológicas nacional para pesas de precisión de 50 kilogramos a 1 miligramo.
- Real Decreto 648/1994 de 15 de abril por el que se declaran los patrones nacionales de medidas de las unidades básicas del Sistema internacional de unidades.
- Orden de 11 de abril de 1996 por la que se detallan las características técnicas de las unidades derivadas de actividad, exposición, kerma y dosis absorbida.
- Orden de 28 de diciembre de 1999 por la que se declaran los patrones nacionales de las unidades derivadas de ángulo plano, densidad de sólidos, fuerza, presión y volumen.
- Orden de 27.4.2001 por la que se definen los patrones nacionales de las unidades del Sistema internacional de unidades de intervalo de alta tensión eléctrica.
- Real Decreto 1317/1989 de 27 de octubre por el que se establece el Sistema Legal de Unidades de Medida.
- Real Decreto 1737/1997 de 20 de noviembre por el que se modifica el real Decreto 1317/1989 sobre Unidades Legales de Medida.
- Orden ITC/2432/2006 de 28 de julio por la que se definen los patrones nacionales de las unidades derivadas del sistema internacional de unidades de capacidad eléctrica, ruido electromagnético en alta frecuencia, tensión eléctrica, actividad, kerma, dosis absorbida, ángulo plano, densidad de sólidos, fuerza, presión, volumen, atenuación en alta frecuencia, humedad e intervalo de medida de alta tensión eléctrica.
- Real Decreto 2032/2009 de 30 de diciembre por el que se establecen Unidades legales de medida.
- Convenio de París de 12.1.1955 por el que se instituye la Organización internacional de Metrología Legal modificado por enmienda de 12.11.1963 (BOE 17.6.1958 y de 9.2.1974).
- Orden de 28 de junio de 1.974 por la que se aprueba la norma petrológica para lesas paralelepípedas de 5 a 50 kilogramos, clase M2.

- Orden de 28 de junio de 1974 por la que se aprueba la norma petrográfica nacional para pesas cilíndricas de 1 gramo a 10 kilogramos clase M2.
- Real decreto 723/1988 de 24 de junio por el que se aprueba la norma general para el control del contenido efectivo de los productos alimenticios envasados.
- Real Decreto 703/1988 por el que se aprueban las características de las botellas utilizadas como recipientes–medida.
- Orden 28 de diciembre de 1988 por la que se regulan los alcoholímetros, aerómetros para alcohol y tablas alcoholimétricas.
- Orden de 28.12.1988 por la que se regulan los manómetros de los vehículos automóviles.
- Orden de 28.12.1988 por la que se regulan los contadores de agua fría.
- Orden de 28.12.1988 por la que se determina la masa del hectolitro CEE de cereales y se deposita el instrumento patrón.
- Orden de 30.12.1988 por la que se fijan prescripciones generales relativas al arqueo de cisternas de barcos.
- Orden de 22.12.1994 por la que se determinan las condiciones de los instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático.
- Orden de 25.12.1995 por la que se regula el control metrológico de los manómetros de uso público para neumáticos de vehículos automóviles en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica.
- Resolución de 20.11.2006 de la Secretaria General de Industria por la que se publica la Directriz 1/2006 para la designación y control de los organismos notificados y de los organismos de control metrológico.
- Orden ITC/3699/2006 de 22 de noviembre por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la velocidad de circulación de vehículos a motor.
- Orden ITC/3701/2006 de 22 de noviembre por la que se regula el control metrológico del Estado de los registradores de temperatura y termómetros para el transporte, almacenamiento, distribución y control de productos a temperatura controlada.
- Orden ITC/3708/2006 de 22 de noviembre por la que se regula el control metrológico estatal de los sistemas para el conteo y control de afluencia de personas en lo cales de pública concurrencia.
- Orden ITC/3709/2006 por la que se regula el control metrológico de los aparatos taxímetros.
- Orden ITC3720/2006 de 2 de noviembre por la que se regula el control metrológico estatal de los sistemas de medida de líquidos distintos del agua denominados surtidores o dispensadores.

- Orden ITC/3731/2006 de 2 de noviembre por la que se regula el control metrológico estatal en la fase de comercialización y puesta en servicio de los instrumentos de trabajo denominados manómetros, manovacuómetros y vacuómetros con elementos receptores elásticos e indicadores directos, destinados a la medición de presiones.
- Orden ITC/3722/2006 de 2 de noviembre por la que se regula el control metrológico del Estado en la fase de instrumentos en servicio sobre los instrumentos destinados a medir emisiones de los gases de escape de los vehículos equipados con motores de encendido por chispa (gasolina).
- Orden ITC/3748/2006 DE 22 de noviembre por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los contadores incorporados a las máquinas recreativas y de azar de tipo B y C.
- Orden ITC/3749/2006 de 22 de noviembre por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los instrumentos destinados a medir la opacidad y determinar el coeficiente de absorción luminosa de los gases de escape de los vehículos equipados con motores de encendido por compresión (diesel).
- Orden ITC/3747/2006 de 22 de noviembre por la que se regula el control petrológico del Estado sobre los contadores eléctricos estáticos d energía activa en corriente alterna, clases a, b y c en conexión directa
- O en conexión a transformador, emplazamiento interior o exterior, en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica.
- Orden ITC/3750/2006 de 2 de noviembre por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los sistemas de medida en camiones cisterna para líquidos de baja viscosidad.
- Orden ITC/3707/2006 de 22 de noviembre por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado.
- Orden ITC/2845/2006 de 25 de septiembre por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a la medición de sonido audible y de los calibradores acústicos.
- Orden ITC/3022/2007 de 10 de octubre por la que se regula el control metrológico del Estado sobre los contadores de energía eléctrica, estáticos combinados, activa, clases a, b y c y reactiva clases 2 y 3 a instalar en suministros de energía eléctrica hasta una potencia de 15 kw. de activa que incorporan dispositivos de discriminación horaria y telegestión, en las fases de evaluación de la conformidad, verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica.

- Orden ITC/3077/2007 de 17 de octubre por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a la determinación del contenido de azúcar en el mosto de la uva, en el mosto concentrado y el en mosto concentrado rectificado.
- Resolución de 29.11.2007 de la Secretaría General de Industria, por la que se publica la Directriz 1/2007 para la designación de organismos autorizados de verificación petrológica, por la que se establecen los requisitos y condiciones técnicas que deben reunir las entidades y se fija el procedimiento para su designación como organismos autorizados de verificación metrológica.
- Orden ITC/279/2008 por la que se regula el control metrológico de los contadores de agua fría tipos A y B.
- Orden ITC/2032/2009 por la que se modifica el anexo III de la Orden ITC/3709/2006 sobre control de taxímetros.
- Resolución de 15.7.2009 de la Secretaría General de Industria por la que se modifica el anexo III de la Orden ITC/3750/2006 sobre control metrológico de los sistemas de medida de camiones cisterna para líquidos de baja viscosidad.
- Orden ITC/360/2010 por la que se regula el control metrológico del Estado de los sistemas de medida de líquidos distintos del agua denominados surtidores o dispensadores destinados al suministro a vehículos automóviles de sustancias no destinadas a su uso como combustible.

## **B) NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA**

- Directiva del Consejo, de 26 de julio de 1971 (71/316/CEE), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre las disposiciones comunes a los instrumentos de medida y a los métodos de control metrológico, modificada por las directivas del Consejo de 19 de diciembre de 1972 (72/427/CEE), 26 de octubre de 1983 (83/575/CEE), 25 de junio de 1987 (87/354/CEE), 25 de junio de 1987 (87/355/CEE) y 21 de diciembre de 1988 (88/665/CEE) (DOLs núms. 202, de 6 de septiembre de 1971; 291, de 28 de diciembre de 1972; 332, de 28 de noviembre de 1983; 192, de 11 de julio de 1987, y 382, de 31 de diciembre de 1988)
- Directiva del Consejo, de 26 de julio de 1971 (71/317/CEE), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre las pesas paralelepípedicas de precisión media de 5 a 50 kilogramos y las pesas cilíndricas de precisión media de 1 gramo a 10 kilogramos (DOL núm. 202, de 6 de septiembre de 1971)
- Directiva del Consejo, de 12 de octubre de 1971 (71/347/CEE), rela-

tiva a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la medición de la masa hectolítrica de cereales (DOL núm. 239, de 25 de octubre de 1971)

- Directiva del Consejo de 12 de octubre de 1971 (71/349/CEE), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el arqueo de las cisternas de barcos (DOL núm. 239, de 25 de octubre de 1971)
- Directiva del Consejo, de 4 de marzo de 1974 (74/148/CEE), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre las pesas de 1 miligramo a 50 kilogramos de una precisión superior a la precisión media (DOL núm. 84, de 28 de marzo de 1974)
- Directiva del Consejo de 17 de diciembre de 1974 (75/33/CEE), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los contadores de agua fría (DOL núm. 14, de 20 de enero de 1975)
- Directiva del Consejo de 27 de julio de 1976 (76/765/CEE), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los alcoholímetros y densímetros para alcohol, modificada por la Directiva de la Comisión de 1 de julio de 1982 (82/624/CEE) (DOLs núms. 262, de 27 de septiembre de 1976, y 252, de 27 de agosto de 1982)
- Directiva del Consejo de 27 de julio de 1976 (76/766/CEE), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre tablas alcoholimétricas (DOL núm. 262, de 27 de septiembre de 1976)
- Directiva del Consejo, de 20 de diciembre de 1979 (80/181/CEE), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre las unidades de medida y de derogación de la directiva 71/354/CEE, modificada por las directivas del Consejo de 18 de diciembre de 1984 (85/1/CEE) y de 27 de noviembre de 1989 (89/617/CEE) y de 24 de enero de 2000 (1999/103/CE) (DOLs núms. 39, de 15 de febrero de 1980; 2, de 3 de enero de 1985, 357, de 7 de diciembre de 1989 y 34, de 9 de febrero de 2000)
- Directiva del Consejo de 26 de mayo de 1986 (86/217/CEE), sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los manómetros para neumáticos de los vehículos automóviles (DOL núm. 152, de 6 de junio de 1986)
- Directiva del Consejo, de 27 de noviembre de 1989 (89/617/CEE) por la que se modifica la Directiva (80/181/CEE), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre las unidades de medida (artículo 3) (DOL núm. 357, de 7 de diciembre de 1989)
- Directiva 2004/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, relativa a los instrumentos de medida.

**B) NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

- Decreto 1384/1978, de 23 de junio, de traspaso de competencias de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Industria. Artículo 4 (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1978)
- Decreto 1981/1978, de 15 de julio, de transferencias de competencias de la Administración del Estado al Consejo General del País Vasco en materia de Agricultura, Industria, Comercio y Urbanismo. Artículo 11 (BOE núm. 199, de 21 de agosto de 1978)
- Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. Artículo 12.5 (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1979)
- Ley Orgánica 4/1979, de 18 diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cataluña. Artículo 11.5 (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1979)
- Real Decreto 1634/1980, de 31 de julio, de transferencia de competencias de la Administración del Estado a la Junta de Galicia en materia de Trabajo, Industria, Comercio, Sanidad, Cultura y Pesca. Artículo 7 (BOE núm. 191, de 9 de agosto de 1980)
- Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia. Artículo 30.1.2 (BOE núm. 101, de 28 de abril de 1981)
- Real Decreto 1091/1981, de 24 de abril, de traspaso de competencias, funciones y servicios del Estado a la Junta de Andalucía en materia de Industria y Energía. Artículo 2.2 (BOE núm. 139, de 11 de junio de 1981)
- Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias, modificado por Leyes Orgánicas 1/1994, de 24 de marzo y 1/1999, de 5 de enero. Artículo 12.6 (BOEs núms.. 9, de 11 de enero de 1982, 72, de 25 de marzo de 1994 y 7, de 8 de enero de 1999)
- Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía. Artículo 17.10 (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982)
- Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, modificado por Leyes Orgánicas 2/1994, de 24 de marzo y 11/1998, de 30 de diciembre. Artículo 26.6 (BOEs núms.. 9, de 11 de enero de 1982, 72, de 25 de marzo de 1994 y 313, de 31 de diciembre de 1998)
- Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, modificado por Leyes Orgánicas 4/1994, de 24 de marzo y 11/1998, de 15 de junio. Artículo 12. Uno.6 (BOEs núms. 146, de 19 de junio de 1982, 72, de 25 de marzo de 1994 y 143, de 16 de junio de 1998)



- Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para La Rioja, modificado por Leyes Orgánicas 3/1994, de 24 de marzo y 2/1999, de 7 de enero. Artículo 11.Uno.8 (BOEs núms. 146, de 19 de junio de 1982, 72, de 25 de marzo de 1994 y 7, de 8 de enero de 1999)
- Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, modificado por Ley Orgánica 5/1994, de 24 de marzo. Artículo 33.4 (BOEs núms. 164, de 10 de julio de 1982, y 72, de 25 de marzo de 1994)
- Real Decreto 2387/1982, de 24 de julio, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Región de Murcia en materia de Industria y Energía. Anexo B).2 (BOE núm. 230, de 25 de septiembre de 1982)
- Real Decreto 2579/1982, de 24 de julio, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Junta de Extremadura, en materia de Industria y Energía. Anexo I. B).2 (BOE núm. 248, de 16 de octubre de 1982)
- Real Decreto 2571/1982, de 24 de julio, de traspaso de funciones y servicios del Estado al Consejo General de Castilla y León, en materia de Industria y Energía. Anexo I. b).2 (BOE núm. 247, de 15 de octubre de 1982)
- Real Decreto 2570/1982, de 24 de julio, de traspaso de funciones y servicios del Estado al Consejo General Interinsular de Baleares, en materia de Industria y Energía. Anexo I. b).2 (BOE núm. 247, de 15 de octubre de 1982)
- Real Decreto 2578/1982, de 24 de julio, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Junta de Canarias, en materia de Industria y Energía. Anexo I. B).2 (BOE núm. 248, de 16 de octubre de 1982)
- Real Decreto 2595/1982, de 24 de julio, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Generalidad Valenciana, en materia de Industria y Energía. Anexo B).2 (BOE núm. 249, de 18 de octubre de 1982)
- Real Decreto 2596/1982, de 24 de julio, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Diputación General de Aragón, en materia de Industria y Energía. Anexo I. B).2 (BOE núm. 249, de 18 de octubre de 1982)
- Real Decreto 2569/1982, de 24 de julio, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Junta de Comunidades de la Región Castellano Manchega, en materia de Industria y Energía. Anexo I. B).2 (BOE núm. 247, de 15 de octubre de 1982)
- Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía para Canarias, modificado por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre. Artículo 33.5 (BOEs núms. 195, de 16 de agosto de 1982, y 315, de 31 de diciembre de 1996)

- Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía para Castilla-La Mancha, modificado por Leyes Orgánicas 7/1994, de 24 de marzo y 3/1997, de 4 de julio. Artículo 33.6 (BOEs núms. 195, de 16 de agosto de 1982, 72, de 25 de marzo de 1994 y 159, de 4 de julio de 1997)
- Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía para Aragón, modificado por Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, y Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre. Artículo 39.Uno.6 (BOEs núms.. 195, de 16 de agosto de 1982; 72, de 25 de marzo de 1994, y 315, de 31 de diciembre de 1996)
- Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra. Artículo 58.1.d) (BOE núm. 195, de 16 de agosto de 1982, con corrección de errores en núm. 204, de 26 de agosto de 1982)
- Real Decreto 4100/1982, de 29 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios del Estado al Principado de Asturias en materia de Industria y Energía. Anexo B).2 (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 1983)
- Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para Extremadura, modificado por Leyes Orgánicas 8/1994, de 24 de marzo y 12/1999, de 6 de mayo. Artículo 9.6 (BOEs núms.. 49, de 26 de febrero de 1993, 72, de 25 de marzo de 1994 y 109, de 7 de mayo de 1999)
- Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para Castilla y León, modificado por Leyes Orgánicas 11/1994, de 24 de marzo y 4/1999, de 8 de enero. Artículo 36.5 (BOEs núms. 52, de 2 de marzo de 1983, 72, de 25 de marzo de 1994 y 8, de 9 de enero de 1999)
- Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares, modificado por Leyes Orgánicas 9/1994, de 24 de marzo y 3/1999, de 8 de enero. Artículo 12.10 (BOEs núms.. 51, de 1 de marzo de 1983, 72, de 25 de marzo de 1994 y 8, de 9 de enero de 1999)
- Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para la Comunidad de Madrid, modificado por Leyes Orgánicas 10/1994, de 24 de marzo y 5/1998, de 7 de julio. Artículo 28.1.1.8 (BOEs núms.. 51, de 1 de marzo de 1983, 72, de 25 de marzo de 1994 y 162, de 8 de julio de 1998)
- Real Decreto 1860/1984, de 18 de julio, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de Industria, Energía y Minas. Anexo I. B).I.2.b) (BOE núm. 251, de 19 de octubre de 1984)

- Real Decreto 1459/1985, de 5 de junio, de traspaso de funciones y servicios del Estado a La Rioja en materia de Industria, Energía y Minas. Anexo B).II.2 (BOE núm. 203, de 24 de agosto de 1985)
- Real Decreto 1774/1985, de 1 de agosto de traspaso de funciones y servicios del Estado a Navarra en materia de Industria, Energía y Minas. Anexo 2.1.c) (BOE núm. 235, de 1 de octubre de 1985)
- Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía para Ceuta. Artículo 22.1.3.a (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 1995)
- Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía para Melilla. Artículo 22.1.3.a (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 1995)
- Real Decreto 334/1996, de 23 de febrero, de traspaso de funciones y servicios del Estado a Melilla, en materia de Industria y Energía. Anexo B).I.1 (BOE núm. 70, de 21 de marzo de 1996)
- Real Decreto 1903/1996, de 2 de agosto, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a Cantabria en materia de Industria, Energía y Minas. Anexo B).2.b) (BOE núm. 218, de 9 de septiembre de 1996)
- Real Decreto 2502/1996, de 5 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios del Estado a Ceuta, en materia de Industria y Energía. Anexo B).I.1 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1997)
- Real Decreto 889/2006, de 21 de julio, por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida.



# Las fundaciones universitarias andaluzas como sujetos de la contratación pública

*Manuel Mesa Vila*

Abogado especialista en contratación pública  
Letrado asesor de fundaciones del sector público

## ABSTRACT

Las fundaciones creadas por las universidades son un fenómeno muy extendido en el ámbito territorial de Andalucía, donde todas las universidades públicas cuentan con al menos una fundación que actúa como entidad instrumental.

El presente artículo analiza dos aspectos relacionados con el régimen jurídico de contratación de las fundaciones universitarias: el grado de sometimiento de este tipo de entidades a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y las relaciones instrumentales con la universidad creadora, asunto de especial trascendencia y que se encuentra condicionado al cumplimiento de unos límites y requisitos establecidos en la ley y que han sido objeto de una prolifera interpretación en la jurisprudencia europea.

## 1. INTRODUCCIÓN

La utilización de la forma jurídica de fundaciones como entidades instrumentales ha proliferado en los últimos años en el seno de las administraciones públicas. Estado, comunidades autónomas y entidades que integran la administración local, han visto en la fundación el modelo idóneo para la gestión de determinadas parcelas de su acción pública.

No en vano, las fundaciones tienen la ventaja de contar en su definición con elementos que coinciden con la esencia de la Administración Pública: ya que son organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Así pues, se trataría de una forma jurídica mucho más apropiada para la presta-

ción de determinados servicios y el cumplimiento de determinados fines que las sociedades mercantiles. La propia exposición de motivos de la Ley de Fundaciones de Andalucía considera a éstas, sean públicas o privadas, como “colaboradoras de los poderes públicos en el ejercicio de sus actividades de interés general”.

Esta proliferación no ha estado exenta de críticas de todas partes. Por un lado la doctrina administrativista que ha contemplado en este fenómeno una nueva huida del derecho administrativo, y por otro, la doctrina iusprivatista que considera que el uso instrumental de las fundaciones supone una desnaturalización de la institución fundacional, basada en un patrimonio que por voluntad de su creador se afecta de modo duradero a la realización de fines de interés general; afirman que en las fundaciones creadas por la administración predomina el aspecto instrumental, en principio secundario, sobre el elemento esencial, que es el patrimonio.

Según los datos recogidos en el Informe Económico–Financiero del Sector Público Empresarial y Fundaciones referenciado a 2006 de la Intervención General de la Administración General del Estado, en España existen un total de 323 fundaciones del sector público de las comunidades autónomas, Andalucía participa de ese total con 19 fundaciones, que suponen tan solo un 6% del total nacional.

Para determinar el número de fundaciones del sector público estatal hemos de recurrir a la Ley Presupuestos Generales del Estado, en la que anualmente aparece la relación de fundaciones estatales, son en la actualidad un total de 42. Las fundaciones municipales, creadas por ayuntamientos, diputaciones y mancomunidades, suponen otra importante aportación a este extenso panorama.

Esta proliferación y los problemas jurídicos que suponen la gestión de este tipo de entidades de derecho privado que actúan en el ámbito de lo público ha obligado a cada una de las administraciones públicas a sentar unas bases mínimas que confieren un estatus jurídico especial a las fundaciones que de ellas dependen, sin que podamos decir lo mismo de las fundaciones universitarias.

La universidad como ente de derecho público prestador del servicio de educación superior, no ha sido ajeno a este fenómeno, que cuenta con una habilitación legal expresa recogida en el Artículo 84 de la Ley 6/2001, Orgánica de Universidades (LOU):

*Para la promoción y desarrollo de sus fines, las Universidades, con la aprobación del Consejo Social, podrán crear, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable.*

Por su parte, el artículo 83 de la Ley 6/2001, Orgánica de Universidades (LOU) establece:

*Los grupos de investigación reconocidos por la Universidad, los Departamentos y los Institutos Universitarios de Investigación, y su profesorado a través de los mismos o de los órganos, centros, fundaciones o estructuras organizativas similares de la Universidad dedicados a la canalización de las iniciativas investigadoras del profesorado y a la transferencia de los resultados de la investigación, podrán celebrar contratos con personas, Universidades o entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación.*

El artículo reproducido marca pues, el objeto y finalidad que, en principio debe mover la creación de fundaciones por parte de las universidades:

- La canalización de iniciativas investigadoras del profesorado.
- La transferencia de los resultados de la investigación
- El desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación.

Por tanto, el objeto y finalidad de las fundaciones universitarias no es, ni puede ser en ningún momento, la gestión del servicio público de educación superior, servicio que debe realizar directamente la Universidad mediante la investigación, la docencia y el estudio (artículo 1, LOU). La finalidad de estas entidades debe ir encaminada tanto al fomento de puntos de encuentro entre la Universidad y su entorno cultural, profesional, económico y social (de ahí la participación del Consejo Social en su creación) como al desarrollo de actividades dirigidas de forma genérica al fomento de la investigación, la docencia, la cultura y la educación.

El establecimiento de cauces de diálogo entre la Universidad y la sociedad mediante la promoción de programas de estudio, investigación o docencia que vayan dirigidos a dar respuesta a las necesidades socioeconómicas y culturales de ésta, propiciando para ello la formación continuada, el reciclaje tecnológico y la promoción de la investigación, o mediante la creación de bolsas de trabajo destinadas a la orientación o la inserción profesional de los estudiantes,

son algunos de los objetivos que pretenden las fundaciones constituidas por las universidades públicas que existen en la actualidad.

Pero además de estos nobles objetivos materiales, siempre subyace un objetivo formal que no es otro que incrementar la eficacia y la eficiencia de las organizaciones huyendo de la rigidez del derecho administrativo hacia formas de gestión privadas, por naturaleza más eficaces y adaptables que el derecho público. Esta es el trasfondo que subyace en el artículo 83 de la LOU.

Sabedoras las universidades de la rigidez que les da a sus estructuras el ejercicio de las potestades implícitas en el servicio público en entidades de base administrativa y la existencia de personal funcionario para desempeñar las tareas de esta índole, se acudió a personificar, particularmente en fundaciones, estas actividades, lejos de la hiperinflación universitaria de representatividad en todos sus órganos colegiados, y buscando organizaciones más eficientes para estos empeños. Porque la universidad conocía que el camino de las fundaciones resultaba útil para relacionarse con el sector privado, ya que así se lo había demostrado la organización de trabajos de investigación, o de menor pretensión científica, pero técnica al cabo, sabrosos para las economías individuales de los profesores, al ser frecuentados por los empresarios para recabar la ayuda de la universidad, por los cauces de la LRU, que permitían incrementos del siempre corto sueldo docente. Y también, todo hay que decirlo, porque los controles efectuados por el protectorado a las universidades eran menos exigentes que los que podría organizar el Tribunal de Cuentas estatal o las diferentes cámaras de cuentas de las comunidades autónomas. Que no eran los peores, pues nada es más terrible que las envidias cainitas de un claustro universitario.<sup>1</sup>

La fórmula, como indica Juan Manuel del Valle<sup>2</sup>, ha brindado servicios innegables a la sociedad y a la comunidad universitaria, y ha sido utilizada a similares fines. Su imagen, además, responde a una semiología de filantropía social cara para los universitarios, ajena a otros significantes de carácter mercantil o civil, que pudieran dar una falsa imagen de contaminación por la vida cotidiana. Tampoco es ajena al fenómeno, en absoluto, una antigua vinculación de fundaciones y Universidades, al crear mediante aquéllas estructuras de éstas.

---

<sup>1</sup> Por Juan Manuel del Valle Pascual. *Las fundaciones universitarias como instrumentos para una política activa de empleo*. Actualidad Administrativa, N° 15, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Sep. 2005, pág. 1797, tomo 2, Editorial LA LEY.

<sup>2</sup> En *Las Fundaciones Universitarias*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-307, tomo 6, Editorial LA LEY.



### **1.1. Configuración Jurídica de las Fundaciones Universitarias**

El debate sobre la naturaleza jurídica de las universidades, a pesar del tiempo transcurrido desde sus orígenes, continúa abierto. Muchos han sido los autores que han reflexionado sobre el tema y muchas las opiniones. En el presente análisis no vamos a entrar en ese asunto, pero debemos tomar partido sobre la naturaleza jurídica de las universidades públicas como entes promotores y fundadores, si queremos definir y delimitar la naturaleza de las mismas. Del mismo modo que para identificar a un hijo es necesario partir de la identificar quienes son sus padres, trataremos de situarnos en la tesis más extendida.

La doctrina científica, respecto al problema de la naturaleza jurídica de las universidades, es tan extensa que en un extremo podríamos considerar a los autores que continúan admitiendo su naturaleza de organismos autónomos, pasando por aquellos otros que hablan de la «naturaleza institucional», siguiendo los que afirman se trata de un «establecimiento público personificado», aquellos que consideran se trata de una auténtica «corporación», los de más allá que las estiman como «entes especializados con autonomía real», haciendo otros especial referencia a las Universidades como «entidades públicas fundacionales», llegando a los que las consideran «entes públicos de naturaleza institucional de carácter especial»<sup>3</sup>

Lo que si parece claro e indiscutible es su condición de ente de derecho público, dado que su cometido primordial es la prestación de un servicio público (servicio público de la educación superior), y por tanto, su consideración de ente jurídico-público, en línea con el empeño tan necesario en derecho de dividir las entidades en dos: las públicas y las privadas.

En esa consideración de ente jurídico público situamos el nacimiento de las fundaciones universitarias, ya que las vigentes leyes de fundaciones, en desarrollo del derecho de fundación reconocido sin matices de ningún tipo en el artículo 34 de la Constitución Española, reconoce el derecho de fundación haciendo esa bipolarización tan recurrente en derecho de las personas jurídico privadas y las jurídico públicas.

---

<sup>3</sup> “La Administración universitaria: algunos aspectos sobre legalidad y realidad”. Ana Isabel Caro Muñoz y Pilar Peña Callejas, Manuel Souto Alonso y Manuel Marrón Serrano. Actualidad Administrativa, Sección Doctrina, 2001, Ref. VIII, pág. 183, tomo 1, Editorial LA LEY.

*Artículo 8. Capacidad para fundar.*

*1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas.*

*4. Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.*

Exactamente en los mismos términos se expresa el artículo 8 de la ley 10/2005, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Ambos declaran la plena capacidad de las personas jurídico públicas para constituir fundaciones (asunto éste que tampoco es pacífico y que también es objeto de un amplio debate doctrinal) estableciendo como única limitación que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

Y su norma básica reguladora, no sólo no establece lo contrario, sino que admiten expresamente tal posibilidad:

*Para la promoción y desarrollo de sus fines, las Universidades, con la aprobación del Consejo Social, podrán crear, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable (Artículo 84 de la Ley 6/2001, Orgánica de Universidades).*

Este expreso reconocimiento de la posibilidad que tienen las universidades de crear fundaciones, se ve aun más reforzado por el principio de autonomía universitaria proclamado por el artículo 27 de la Constitución Española.

La legislación andaluza, no vuelve en este caso, como ocurría en la delimitación de la capacidad para fundar, a proclamar la posibilidad de crear fundaciones sino que admite de forma implícita lo dispuesto en el artículo 84 de la LOU dando por sentada la vigencia de tal posibilidad en el ámbito de las universidades públicas andaluzas y estableciendo algunas formalidades específicas relativas a la creación y funcionamiento.

Por tanto, nos encontramos ante fundaciones que cuentan con su correspondiente previsión legal, tanto en la ley de fundaciones como en las leyes básicas reguladoras de las universidades, que son creadas por personas jurídico – públicas o de derecho público. Esa naturaleza jurídico – pública del fundador es lo que determina que en una primera lectura podamos afirmar que nos encontramos ante fundaciones públicas, sin que esta afirmación en principio ten-

ga otra implicación y utilidad que la de diferenciarlas de las fundaciones privadas, que serían aquellas cuyo fundador es un persona física o una entidad privada.

No obstante, afirmar que las fundaciones universitarias responden a la categoría de fundaciones públicas, no otorga a este tipo de entidades un estatus jurídico especial, sino que habrá que atender a cada una de las facetas de su gestión, como la gestión de personal, el régimen de contratación y compras, el régimen económico, etc. para responder si tienen o no un estatuto jurídico especial.

Las tipologías de fundaciones públicas con expreso reconocimiento en el ordenamiento jurídico son las siguientes:

- Las Fundaciones de sector público estatal, reguladas en el capítulo XI de la Ley 50/2002, de Fundaciones.
- Fundaciones del sector público andaluz, reguladas en la Ley 10/2005, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo capítulo X define y regula este tipo de entidades, contando además con la remisión legal expresa de una norma de derecho administrativo cual es la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía.
- Fundaciones públicas locales, han sido las últimas en contar con un estatuto jurídico especial establecido por una ley, en este caso se trata de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

Estos tres tipos de fundaciones comparten un régimen jurídico similar, en los tres casos se repite la prohibición de ejercicio de potestades públicas, como consecuencia lógica de su carácter de entidades de derecho privado. En el ámbito que nos interesa de la contratación, las tres deben someterse a lo que disponga la normativa básica estatal en la materia y a la que corresponda aprobar a la Comunidad Autónoma. Siendo ese el análisis en que se centran los siguientes apartados.

Otro tipo de fundaciones públicas *sui generis* son las fundaciones públicas del servicio, las fundaciones públicas sanitarias y las fundaciones del patrimonio nacional.

Las Fundaciones Públicas del Servicio fueron creadas por el artículo 67.2<sup>a</sup> del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de

1955, como una de las modalidades de gestión directa de los servicios municipales. Encuentran su regulación en los artículos 85 a 88 del mismo reglamento. Este tipo de entidades forman parte de la Administración Institucional, su régimen jurídico es de derecho público. Una parte de la doctrina considera que este término se encuentra reemplazado por el de “organismo autónomo local” que es el considerado por el artículo 85.3.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985. Se trata de definitiva de auténticos organismo autónomos locales sometidos a derecho administrativo.

La denominación de fundación pública sanitaria aparece en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de Nuevas formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud y su régimen jurídico se desarrolla en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero. A pesar de su nombre, en estos casos no nos encontramos ante auténticas fundaciones sino ante entidades de derecho público con personalidad jurídico – pública creadas por la Administración. Son organismos públicos adscritos al Instituto Nacional de Salud, que se rigen subsidiariamente por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la LOFAGE. La Disposición Adicional Tercera de la Ley 50/2002, de Fundaciones, excluye a estas fundaciones de su ámbito de aplicación.

Por último, las Fundaciones del Patrimonio Nacional, constituyen una exclusión expresa recogida en la Disposición Adicional Primera de la Ley 50/2002, de Fundaciones. En virtud de esta exclusión la ley no será de aplicación a las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, del Patrimonio Nacional. Según la citada ley, forman parte del Patrimonio Nacional los derechos de patronato o de Gobierno y administración sobre una serie de Fundaciones, denominadas Reales Patronatos.

### **¿Dónde encuadramos a las fundaciones universitarias?**

Como afirmación categórica en este punto podemos afirmar que las fundaciones universitarias no pueden ser encuadradas en ninguna de las categorías anteriores.

La que más duda podría plantear es la posibilidad de considerarlas fundaciones del sector público andaluz en una interpretación muy estricta de la ley: si contemplamos una de las posibilidades que brinda el artículo 55 *se consideran fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía*. Si tenemos en cuenta el modelo de financiación de las universidades

públicas basado en la transferencia de fondos públicos procedentes de la Junta de Andalucía, podríamos en principio considerar que existe una aportación mayoritaria indirecta en la constitución de las fundaciones universitarias, pero esto podría ser una visión muy simplista del fenómeno y entraría en conflicto con la interpretación teleológica de la norma y con el principio de autonomía universitaria, que nos lleva a descartar por completo esta posibilidad.

Por tanto, las fundaciones universitarias, son fundaciones públicas en virtud del carácter público de su fundador, sin que en principio ese apellido tenga ninguna trascendencia jurídica *per se*, sino como simple contraposición de las fundaciones privadas.

Tendrían que haber sido las leyes sustantivas reguladoras de las universidades (Ley 6/2001, Orgánica de Universidades y Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades), el marco idóneo para establecer el régimen jurídico peculiar de las fundaciones universitarias, cosa que no ha ocurrido limitándose las citadas normas a declarar la posibilidad de crearlas sometiendo a las autorizaciones y requisitos establecidos para su creación y para su financiación.

## **1.2. Régimen Jurídico Básico**

Como hemos indicado la posibilidad de crear entidades jurídicas diferenciadas que contribuyan a la consecución de sus objetivos, es una capacidad reconocida a las universidades españolas en la LOU, que se limita a reconocer tal posibilidad ejercida por sí mismas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, incluyendo tan sólo dos normas imperativas al respecto:

La primera es la necesidad de la previa aprobación del Consejo Social. La intervención de este órgano de participación, como hemos indicado, deviene lógica cuando la finalidad de estas entidades debe ser el fomento de puntos de encuentro entre la Universidad y su entorno cultural, profesional, económico y social.

La segunda, recogida en el segundo párrafo del artículo 84, establece el sometimiento de las fundaciones y el resto de entidades en que las Universidades tengan participación mayoritaria, a la obligación de rendir cuentas en los mismos plazos y procedimiento que las propias Universidades.

El legislador estatal deja en manos de las comunidades autónomas el desarrollo de la regulación específica de este tipo de entidades, incluyendo ex-

presamente el régimen de la dotación fundacional o la aportación al capital social y cualesquiera otras aportaciones a las entidades que se creen, con cargo a los presupuestos de la Universidad.

El legislador andaluz asume el mandato establecido en la LOU, aprobando la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades que regula determinados aspectos relativos a las fundaciones universitarias:

En primer lugar, reconoce en el artículo 11 que la creación, modificación y supresión de departamentos y de cualesquiera estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y de la docencia (entre ellas las fundaciones) corresponde exclusivamente a cada Universidad conforme a sus Estatutos o a sus normas de organización y funcionamiento.

La previsión del artículo 11 supone la aplicación del principio de autonomía universitaria que da soporte a todo el sistema. En el momento de la creación de la fundación interviene única y exclusivamente la voluntad de la propia universidad expresada a través de sus órganos de gobierno. El único trámite externo obligatorio que establece la Ley 15/2003, en su artículo 96.4 es la comunicación a la Consejería de Economía y Hacienda, dentro de los 15 días siguientes a aquél en que se adopte el acuerdo de creación o participación. Se trata de una comunicación con meros efectos informativos sin que en ningún caso tenga el carácter de informe vinculante, y sin que en principio la Consejería pueda alegar ni oponer ningún argumento en contra de la creación de la entidad.

En segundo lugar, el artículo 18 reitera la previsión del artículo 84 de la LOU citando entre las funciones del Consejo Social la aprobación de las fundaciones u otras entidades jurídicas que las Universidades, en cumplimiento de sus fines, puedan crear por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas.

En tercer lugar, el artículo 96, es el que contiene un mayor número de normas imperativas, en este artículo se regula, tal y como preveía el 84 de la LOU, el régimen de la dotación fundacional o la aportación al capital social y cualesquiera otras aportaciones de las universidades a sus fundaciones:

*1. La dotación fundacional o aportación al capital social de entidades que las Universidades creen al amparo del artículo 84 de la Ley Orgánica de Universidades estará sometida a los siguientes criterios:*

a) Tendrá asignada dotación específica en los presupuestos de la Universidad.

b) Será proporcionada a la viabilidad estimada de la consecución de los objetivos académicos, sociales y económicos de la entidad.

c) No podrán aportarse bienes de dominio público universitario más que en régimen de concesión o cesión de uso, estableciéndose en el acuerdo fundacional su duración y retorno a la Universidad.

d) Se remitirá al Consejo Social para su aprobación el previo informe o memoria económica que justifique la idoneidad de la medida.

2. Las ampliaciones de las dotaciones fundacionales o aportaciones al capital social por parte de la Universidad estarán sometidas a los mismos requisitos indicados en el apartado anterior.

3. No tendrán la consideración de aportación al capital las subvenciones, transferencias corrientes, aportaciones de bienes o prestaciones de servicios académicos, de administración y gestión que se efectúen a fundaciones, asociaciones o sociedades mercantiles en virtud de convenios o contratos entre la Universidad y aquellas entidades que se creen en el futuro o que se hubieren creado con antelación a la presente Ley.

4. La creación de empresas, fundaciones o cualquier otro tipo de entidad, o la participación, en su caso, en el capital o fondo social de la misma deberá comunicarse a la Consejería de Economía y Hacienda, dentro de los 15 días siguientes a aquél en que se adopte el acuerdo de creación o participación.

5. Las empresas, fundaciones o cualquier otro tipo de entidad creada o participada por Universidades públicas andaluzas deberán elaborar un presupuesto de explotación y capital, que se integrará en el presupuesto de la propia Universidad a efectos de lo dispuesto en el artículo 93 de la presente Ley.

Asimismo, las entidades a que se refiere este artículo, en las que las Universidades tengan participación mayoritaria en su capital o fondo patrimonial equivalente, quedan sujetas a la obligación de rendir cuentas en los mismos plazos y procedimientos establecidos para las propias Universidades.

Por último, el artículo 94, que podría contemplarse como una vulneración del principio de autonomía universitaria, y que deriva directamente del artículo 81.3 de la LOU, establece que cada una de las operaciones de endeudamiento de las Universidades públicas andaluzas y las entidades dependien-

tes de ellas requerirán la autorización de la Consejería de Economía y Hacienda. La verdadera novedad de esta previsión legal es la extensión de la obligación previa a las entidades dependientes, entre otras a las fundaciones universitarias.

## 2. LAS FUNDACIONES UNIVERSITARIAS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Las universidades públicas españolas aparecen incluidas dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En concreto el artículo 3.1.c. cita expresamente a las Universidades Públicas. El apartado 2 del mismo artículo, las considera a efectos del grado de aplicación de la ley, como Administración Pública, entrando, por tanto, de lleno en la categoría de poder adjudicador del apartado tercero.

Por su parte, el artículo 2.f considera dentro del ámbito de aplicación de la LCSP a

*Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, este formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades*

Por lo que, en principio, las fundaciones creadas y dotadas por las universidades, están dentro del ámbito de aplicación de la ley, teniendo además la consideración de poderes adjudicadores, ya que se trata de entidades que reúnen los requisitos acumulativos para ser considerados como tales establecidos en el artículo 3.3:

- Que tengan personalidad jurídica propia.
- Que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general, las fundaciones por la propia naturaleza de la institución, tienen esa razón de ser.
- Que no tengan carácter industrial o mercantil, negación que también forma parte de la esencia de las fundaciones
- Que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente



te su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia

Por tanto, las relaciones jurídicas que pudieran establecerse entre la universidad creadora y su fundación, sería una relación entre dos entidades sujetas a la LCSP, en concreto, y a los solos efectos de la ley, entre una administración pública y un ente instrumental.

No obstante, el artículo 4.1.m de la LCSP establece como negocios o contratos excluidos del ámbito de aplicación de la ley

*Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos...*

Se trata del reflejo en la legislación española de la teoría del “house providing” o medio propio que constituye una fuente inagotable de conflictos en el ámbito de la contratación pública europea y de continua alusión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo.

Para que esa relación jurídica que se pueda producir entre ambas entidades en el ámbito de la contratación quede amparada por la excepción del artículo 4.1.h) y, por tanto, excluida del ámbito objetivo de la ley se tienen que producir una serie de requisitos concurrentes descritos en el artículo 24.6:

*A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.*

*En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.*

*La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.*

### 3. LOS LÍMITES DEL MEDIO PROPIO INSTRUMENTAL APLICADO A LAS FUNDACIONES UNIVERSITARIAS

Estamos en disposición de afirmar que, en principio, el exigente artículo 24.6 se cumple al cien por cien en las relaciones que se pudieran establecer entre las universidades y las fundaciones por ellas creadas. Pero veamos los requisitos concurrentes aplicados a las fundaciones uno por uno:

#### **1º. Una determinada fundación universitaria podrá ser considerada medio propio y servicio técnico de la universidad cuando ésta ostente sobre aquélla un control análogo al que pueda ejercer sobre sus propios servicios**

El control análogo es un concepto jurídico indeterminado de profusa interpretación jurisprudencial en el ámbito europeo y supone el aspecto más controvertido y problemático de la teoría del “house providing”, precisamente por la utilización de un término tan ambiguo e indeterminado. De ahí que no se pueda realizar una afirmación apriorística categórica de cuando nos encontramos ante esta situación en el ámbito de las fundaciones y sea necesario estudiar caso por caso.

Uno de los criterios más utilizados por la jurisprudencia para trazar la frontera del control análogo es la de la composición del capital o del fondo inicial de la entidad de que se trate, entendiéndose que debe estar compuesto al cien por cien por capital público, de ahí que sistemáticamente niegue la cualidad de medio propio a las sociedades de economía mixta. Esa negación sistemática ha tenido incluso reflejo en la propia ley, que incluye una presunción *iuris et de iure*:

*“Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”.*

Con esta presunción el legislador entiende que una sociedad en que participe capital privado, por mínima que sea esa participación, jamás puede tener la consideración de medio propio respecto del poder adjudicador del que dependa porque jamás podrá darse la premisa de que exista un control análogo.

No obstante, la negación de lo uno no implica la afirmación de lo otro, es decir el supuesto de que el cien por cien del capital sea público no implica una presunción de instrumentalidad y control pleno, como defiende el TJUE, se trataría de un indicio decisivo, sin que constituya en ningún caso un presunción afirmativa del carácter de medio propio. (TJUE, Carbotermo SpA. C-340/04. 11-5-2005).

Pero lo decisivo en el presente análisis es si procede una interpretación análoga y llevar la situación que proclama la ley, que se refiere exclusivamente a las sociedades, al ámbito de las fundaciones y su equivalente en términos económicos, la composición de la dotación fundacional.

En una primera lectura, es sencillo decantarse por la negación de la pretendida interpretación análoga, la ley se refiere exclusivamente al ámbito de las sociedades, obsérvese la forma en que aparece expresado en la ley, “*si se trata de sociedades*”, parece excluir de esta norma a otro tipo de entidades.

Diferente era la redacción de esta cuestión en la antigua Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000), que en el artículo 3.1.1 excluía del ámbito de aplicación de la ley a *las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública y sobre las que la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan*. Con lo que la excepción afectaba no sólo a las sociedades sino también a otras entidades, incluidas, por qué no, las fundaciones. No obstante el texto de la vigente Ley 30/2007, recoge única y exclusivamente a las sociedades.

La negación de la posibilidad de ser medio propio de las sociedades con participación privada obedece a una premisa expuesta por el TJUE en la sentencia Stadt Halle. C-26/03 de 11-1-2005, en la que afirma que cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones propias de los intereses privados, que entraría en conflicto con el interés público que puede hacerse valer en las relaciones entre entidades públicas. Ese interés económico, en principio, quedaría fuera del ámbito de las fundaciones, que por

propia definición son entidades sin ánimo de lucro, por lo que el actor privado que participe en ellas, puede tener otros intereses, pero nunca los puramente económicos.

Obsérvese también que la realidad de las fundaciones es completamente diferente a las sociedades mercantiles. En estas la participación en el capital social es directamente proporcional al poder de decisión que se ostenta en el ámbito de la sociedad, cosa que no ocurre en las fundaciones, en las que se puede dar el caso que existan patronos que no participen en la dotación fundacional, y el inverso, es decir, que existan aportadores a la dotación que no tengan presencia en el órgano de gobierno, en nuestro caso el patronato. De esto se deduce que aportación a la dotación y control de la sociedad no van de la mano, como ocurre en las sociedades.

En esta línea se muestra la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña:

*Ahora bien, respecto el argumento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según el cual toda inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza diferente a su objetivo de interés público que persiguen las relaciones entre una entidad adjudicadora y sus propios servicios, siendo posible interpretar, respecto de una fundación, que la presencia de entidades privadas pero sin ánimo de lucro, no alteraría los objetivos de interés público que persiguen en el ente público en que participen mayoritariamente (Informe 4/2007, de 28 de junio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.)*

*Por tanto, si bien es cierto que la exigencia de este requisito no plantea dudas por lo que se refiere a sociedades, es posible considerar, en cambio, que en otros tipos de entes, como son las fundaciones u otras entidades sin ánimo de lucro, la exigencia de este requisito requiere algunas matizaciones. El motivo fundamental se basaría en el hecho que la participación minoritaria de estas entidades en consorcios con objetivos y finalidades públicas coincidentes con los que le son propias, no afectaría el principio de la libre circulación de servicio y no alteraría la competencia, motivo este que el TJCE ha utilizado para exigir la concurrencia de los requisitos anteriormente analizados por considerar que una relación jurídica contractual es un contrato interno o in house providing (Informe 9/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña).*

En el ámbito concreto de las fundaciones universitarias es frecuente que la aportación a la dotación fundacional la realice íntegramente la universidad en

el momento de la constitución de la fundación y que una vez constituida se invite a participar a otras entidades tanto públicas como privadas, esa participación suele articularse por su inclusión en el patronato en calidad de patrono, y puede que ello conlleve una aportación económica a la fundación, aportación económica que no necesariamente debe ir destinada a incrementar la dotación fundacional.

Por tanto, la casuística en las fundaciones es muy diversa, y en ningún caso concuerda con el modelo simplista de las sociedades proclamado en la ley.

Para complicar un análisis hasta ahora sencillo, nos encontramos que en el ámbito del derecho positivo, el legislador andaluz ha realizado una interpretación diferente a la que venimos defendiendo. En concreto la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía:

El artículo 52 de la mencionada ley incluye a las fundaciones del sector público andaluz (definidas en los artículos 55 y siguientes de la Ley 10/2005, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía) dentro del concepto de entidades instrumentales privadas de la Administración de la Junta de Andalucía, de las que como el resto de entidades instrumentales es predicable el principio de instrumentalidad, en virtud del cual los fines y objetivos que se les asignan específicamente son propios de la Administración de la que dependen.

Por su parte el artículo 106 establece que las fundaciones del sector público tendrán la consideración de medio propio instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía o de sus agencias, a los efectos de la ejecución de obras, trabajos, asistencias técnicas y prestación de servicios que se les encomienden, siempre que la aportación constitutiva sea en su totalidad de titularidad pública. Pero afinando más el asunto, la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009, exige además que *las entidades instrumentales del sector público andaluz cuyo capital, aportación constitutiva o participación pertenezca íntegramente a entes de dicho sector*. Por lo que, en el caso de que una fundación pueda ser considerada medio propio, no solo exige que el cien por cien de la dotación sea pública sino que además provenga de entidades del sector público andaluz, lo que hace mucho más restrictiva y exigente la teoría del “house providing”.

Interpretación, como vemos, contraria a la línea general basada en la diferenciación entre sociedades y resto de entidades. Para el legislador andaluz las fundaciones “in house providing” no pueden tener participación privada de ninguna clase y si la tuvieran no podrían en ningún caso ser medio propio ins-

trumental de la Junta de Andalucía ni, por lo tanto, recibir encomiendas de gestión.

La interpretación dada por el legislador, es la primera interpretación que alcanza grado de ley y, por tanto, de aplicabilidad general, pero eso sí, ceñida al ámbito de los entes instrumentales de la Junta de Andalucía, sin que en ningún caso sea extensible la interpretación a otros ámbitos como el de las universidades, para el que sigue siendo válida la legislación básica estatal en la materia.

Damos por sentado que la participación de entidades de carácter privado en el gobierno o en la dotación de fundaciones universitarias no constituye un impedimento para considerar a éstas como medio propio instrumental de la correspondiente universidad, es fácil deducir que la participación de la referida entidad privada, ha de ser minoritaria, y si son varias, la suma de todas en ningún caso puede suponer la mayoría de la aportación a la dotación, ni de votos en el patronato, pues en este caso estaríamos negando la existencia del control análogo, que sustenta todo el planteamiento expuesto.

Otra presunción *iuris et de iure*, que en este caso juega a favor de existencia del control análogo, es la indicada en el segundo párrafo del artículo 24.6 *se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.*

La LCSP ha utilizado un término puramente administrativista para definir relaciones entre los poderes adjudicadores y sus entes instrumentales, sean estos de naturaleza pública o privada, ya que habla de la encomiendas de gestión, como figura articuladora de la relación.

*El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo (Artículo 15.5, Ley 30/1992).*

Pero entendemos que la encomienda de gestión debe ser entendida en es-

te caso en su acepción más amplia, sin ceñirnos al concepto puramente administrativo del artículo 15 de la Ley 30/1992 del que quedarían claramente excluidas las relaciones entre la administración y sus fundaciones instrumentales privadas. Lo esencial no es el término expresado sino las características que definen ese encargo o prestación:

- Que sean de ejecución obligatoria para la entidad instrumental.
- Que se realicen de acuerdo a instrucciones fijadas unilateralmente por la entidad encomendante.
- Que la retribución por la realización de las mismas se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad de la que dependan.

Estas son las premisas que debe reunir una determinada actuación encargada por la universidad a su fundación instrumental, independientemente del nombre que se de a al mecanismo a través del cual se realiza el encargo.

## **2º. Que realice la parte esencial de su actividad para la universidad**

Esta exigencia constituye el enunciado del principio de instrumentalidad, en virtud del cual las fundaciones son creadas por las universidades y actúan como instrumentos para la consecución de sus fines, realizando la parte esencial de su actividad para las mismas.

El principio de instrumentalidad aparece expresado en numerosas leyes de derecho público como elemento sustancial de las entidades instrumentales de la administración:

El artículo 44.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) establece respecto de los organismos públicos *que se ajustarán al principio de instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que tengan específicamente asignados.*

Por su parte, el artículo 51 de la Ley 9/2007 de la Administración de la Junta de Andalucía, establece respecto de las entidades instrumentales *que se ajustarán al principio de instrumentalidad en virtud del cual los fines y objetivos que se les asignan específicamente son propios de la Administración de la que dependen.*

El artículo 46.1.b) de la Ley 50/2002, de Fundaciones, establece respecto de las fundaciones del sector público estatal que *únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.*

El artículo 57.1 de la Ley 10/2005 de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por su parte, establece respecto de las fundaciones del sector público andaluz que *podrán realizar únicamente actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de éstas, salvo previsión legal expresa.*

Por último, el Artículo 42 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, respecto del régimen jurídico de las fundaciones públicas locales, establece que *sólo podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades locales fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de estas.*

Las fundaciones universitarias, no se pueden encuadrar en ninguna de estas categorías de fundaciones del sector público, estatal, autonómico o local, por tanto no deben considerarse incluidas en ninguna de las categorías apuntadas. Pero, si queremos que sean consideradas medio propio de la universidad deben cumplir con esta exigencia y deben considerarse incluidas dentro del ámbito de este principio, y, por tanto, de su enunciado, por lo que podemos afirmar que las fundaciones universitarias deben realizar la parte esencial de su actividad para la universidad fundadora.

El preámbulo de la Ley 6/2001, Orgánica de Universidades reconoce implícitamente la vigencia de este principio al reconocer a las universidades la competencia para *la constitución de fundaciones y otras figuras jurídicas para el desarrollo de sus fines*, con lo que se está proclamando abiertamente el principio de instrumentalidad al identificar los fines de la universidad y de las fundaciones u otras entidades que éstas pudieran crear.

Y ¿qué debemos entender por parte esencial de su actividad?

Sobre este particular también hay jurisprudencia del TJUE

*...sólo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su ac-*



*tividad con el ente territorial que la controla, cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal.*

*Para valorar el cumplimiento de las anteriores exigencias se han de tener en cuenta las circunstancias cuantitativas y cualitativas concurrentes en cada caso, y para ello, se ha de tomar en consideración el volumen de negocios realizado por el medio propio por encargo del poder adjudicador, con independencia de si el beneficiario de la actividad es el propio poder adjudicador o los usuarios de los servicios, de modo que es irrelevante quién remunera a la empresa pública (la Administración o los usuarios) y el ámbito territorial de la prestación. (Carbotermo SpA. C-340/04. 11-5-2005. 59).*

La citada afirmación del TJUE llevada al ámbito de las fundaciones universitarias, llevaría a afirmar que la mayor parte de su actividad en términos económicos y de empleo de recursos debe ser para la universidad, su participación en contratos con otras entidades y otras fuentes de financiación deben ser marginales o complementarios a la principal que es su relación instrumental de servicios con la universidad.

### **3. La condición de medio propio y servicio técnico de las fundaciones universitarias deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos**

Es la exigencia aparentemente más sencilla de cumplir por parte de las fundaciones universitarias, pues depende de un simple acto unilateral de afirmación de la condición de medio propio. Basta con que lo establezcan los estatutos desde un principio o bien, que se lleve a cabo una simple reforma de los mismos. Pero esa afirmación recogida en los estatutos no es baladí, se trata de una afirmación que puede tener consecuencias colaterales que pueden mermar el crecimiento, desarrollo y cumplimiento de los fines de la propia fundación, como veremos más adelante.

La mención expresa de los estatutos no es un mero trámite formal sino de un requisito sustantivo y previo para que la teoría del “house providing” sea efectiva. Así se deduce de las conclusiones del Informe 21/2008, de 27 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, sobre la legislación aplicable a las encomiendas que la Universidad de Huelva realice a la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U.:

*“En la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U. concurren las cir-*

*circunstancias para considerarla medio propio de la Universidad de Huelva a los efectos previstos en el artículo 24.6 de la LCSP, excepto el reconocimiento expreso de su condición de tal medio que no aparece acreditado ni en la escritura de constitución ni en los estatutos, siéndole aplicable a las encomiendas de gestión que se le confiera el régimen previsto en el artículo 4.1.n) o en el artículo 24 de la LCSP en función de cómo se haya articulado la encomienda”.*

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta este momento, entendemos que las fundaciones universitarias pueden tener la condición de medio propio instrumental de la universidad de la que dependan, y que para que la línea argumental esté completa la universidad debe ser “propietaria” de la mayoría de la fundación, tanto en términos económicos (mayoría de la dotación fundacional) como en términos de gobierno (mayoría de votos en el patronato) cualquier otra configuración pondría en tela de juicio la afirmación del control análogo. Por tanto, la mención que a este respecto realicen los estatutos de la fundación debe constituir la culminación de un proceso de adaptación a todas estas exigencias fácticas.

Difícil argumentación tendría el hecho de que unos estatutos establecieran la condición de medio propio de la fundación respecto de más de una entidad, ya que una y solo una de esas entidades puede ser mayoritaria.

#### **4. La condición de medio propio determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios**

Está claro según esta cuarta condición de la teoría del “house providing” que una fundación universitaria no puede bajo ningún concepto participar en una licitación convocada por la universidad de la que dependa. El hilo argumental de esta teoría caería como fichas de dominó si esto no fuera así.

La única salvedad (que no constituye ninguna salvedad sino una nueva forma de manifestarse la teoría del medio propio) sería que no concurriera ninguna oferta a la licitación convocada, en este caso y sólo en este caso, la universidad podría encargarle a la fundación la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Descartada pues la posibilidad de presentarse a licitaciones convocadas por la universidad de la que depende, habría que plantearse si las fundaciones

universitarias, en su condición de fundaciones públicas, podrían concurrir a licitaciones convocadas por otros poderes adjudicadores, incluidas otras universidades diferentes a aquélla de la cual dependen.

La Directiva 2004/18/CE, admite implícitamente la posibilidad que entes del sector público participen como licitadores en procedimientos de adjudicación:

*Los Estados miembros deben velar por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados (Considerando 4)*

Recordemos que en la citada Directiva (artículo 9) el concepto de organismo de Derecho público es diferente al concepto jurídico español, ya que para aquélla es cualquier organismo en que concurren las siguientes circunstancias:

- a) *Que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,*
- b) *Que esté dotado de personalidad jurídica y*
- c) *Que su actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.*

Las características expuestas, coinciden con el concepto legal de poder adjudicador, de la legislación española. Por tanto, las fundaciones universitarias son organismo de derecho público, según el concepto comunitario, y, por tanto, podrían participar en procedimientos de adjudicación, con el único límite que la propia directiva impone a los estados miembro con carácter general y de manera muy ambigua, *que no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados*, que en principio no debe suponer ninguna restricción apriorística de la posibilidad de participación.

La posibilidad de celebrar contratos con la administración y, como consecuencia, la posibilidad de participar en licitaciones públicas aparece expresamente reconocida para las universidades y/o sus entidades gestoras de la in-

vestigación en el artículo 83.1 de la Ley 6/2001, de 21 de diciembre Orgánica de Universidades:

*Los grupos de investigación reconocidos por la Universidad, los Departamentos y los Institutos Universitarios de Investigación, y su profesorado a través de los mismos o de los órganos, centros, fundaciones o estructuras organizativas similares de la Universidad dedicados a la canalización de las iniciativas investigadoras del profesorado y a la transferencia de los resultados de la investigación, podrán celebrar contratos con personas, Universidades o entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación.*

Tal previsión de la LOU aparece en la propia LCSP, en cuya Disposición adicional novena establece

*No será exigible la clasificación a las Universidades Públicas para ser adjudicatarias de contratos en los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.* Exención ésta que entendemos puede hacerse extensible por analogía a las fundaciones universitarias cuando actúen como entidades canalizadoras de las iniciativas investigadoras del profesorado en licitaciones públicas.

Por tanto, las fundaciones universitarias al igual que las propias universidades están legalmente habilitadas para participar en licitaciones convocadas por otros poderes adjudicadores, lógicamente el ámbito de participación se ciñe a aquellos trabajos en los que las fundaciones y la propia universidad pueden resultar competitivos que no son otros que los trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación.

Pero aquí entran en juego los límites a los que ya nos hemos referido:

- Que no se altere la libre competencia
- Que esos contratos en términos de volumen de negocio tengan carácter residual.

El primero de estos límites emana directamente de la Directiva 2004/18/CE, como ya hemos apuntado y constituye un límite muy general y casi obligado en el discurso corriente de las instituciones europeas, para las que la defensa del libre mercado y la libre competencia constituyen su razón de ser.

Evidentemente esta expresión contenida en el considerando de la Directiva, no proyecta ninguna exigencia concreta sobre la entidad pública que participe en la licitación, no podemos afirmar de manera categórica cuando puede concurrir esa distorsión de la libre competencia que rompa la igualdad con los licitadores privados, habrá que estar a cada caso concreto.

Lo que parece deducirse es que existe una obligación de los poderes adjudicadores de velar por que las reglas de la libre competencia jueguen en todo momento y son ellos los llamados a advertir la presencia de elementos que distorsionen el juego, como puede ser la presentación por parte de una fundación universitaria de un precio muy inferior al presupuesto de licitación porque una buena parte de los gastos derivados del servicio que se aspira a prestar ya están cubiertos por los presupuestos de la universidad o por otras vías, procedente siempre de fondos públicos, y no se repercuten como gasto del contrato. Entendemos que en estos casos debe intervenir la advertencia establecida en la Directiva y el poder adjudicador convocante debe excluir a la entidad licitadora por distorsionar las reglas de la libre competencia.

Si no fuera así, entendemos que sería un buen argumento en manos de los licitadores privados para interponer recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación que pudiera adoptarse.

El segundo de los límites es consecuencia directa de uno de los elementos que forman el concepto de medio propio instrumental de las fundaciones respecto de las universidades, que como hemos visto han de realizar la parte esencial de la actividad para la entidad pública de la que dependen. Si esa debe ser la parte esencial de su actividad, en términos de volumen de negocio, lógicamente el resto de actuaciones que lleve a cabo con terceros, debe tener carácter residual. Si no fuera así no podría ser considerada medio propio instrumental y no podría, por tanto, realizar contratos y actuaciones para la universidad sin someterse a las formalidades exigidas en la LCSP.

Por último, analizamos en este punto la Disposición adicional décima de la LCSP, que aparece bajo la rúbrica “*Exención de requisitos para los Organismos Públicos de Investigación en cuanto adjudicatarios de contratos*”.

*1. Las Agencias Estatales, los Organismos Públicos de Investigación y organismos similares de las Comunidades Autónomas no necesitarán estar clasificados ni acreditar su solvencia económica y financiera y la solvencia técnica para ser adjudicatarios de contratos del sector público.*

2. *Estas entidades estarán igualmente exentas de constituir garantías, en los casos en que sean exigibles.*

¿Pueden considerarse las fundaciones universitarias dentro del ámbito de aplicación de esta excepción? La respuesta es clara y contundentemente negativa, esa excepción no se puede aplicar a las fundaciones ni tampoco a las propias universidades, ni por entenderla incluidas en el ámbito subjetivo ni por analogía. La excepción se refiere exclusivamente a los Organismos Públicos de Investigación, con mayúsculas, éstos organismos, que incluso tienen su propio acrónimo, OPI, se encuentran enumerados en el artículo 13 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación de la Investigación Científica y Técnica (FCIC), esta enumeración constituye un *numerus clausus*, en el sentido que son estos organismo y no otros:

El Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC,)

El Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT)

El Instituto Geológico y Minero (IGME), el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA).

El Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria (INIA).

El Instituto Español de Oceanografía (IEO)

El Instituto de Salud Carlos III

Queda claro que ni la universidad ni sus fundaciones dependientes pueden ser considerados Organismos Públicos de Investigación, pero la ley amplía esta excepción a los organismos similares de las Comunidades Autónomas, donde entendemos que tampoco se pueden encuadrar. Muy ilustrativo resulta en este sentido el Informe 7/2008, de 10 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid, que analiza precisamente el caso de una fundación del sector público dedicada a la investigación biomédica:

*Para responder a la primera cuestión planteada relativa a posibilidad de asimilar la Fundación a un organismo público de investigación estatal, se debe analizar la regulación de ambos tipos de entidades, teniendo en cuenta que el artículo 4 q) de la LCSP recoge como*

*negocios excluidos del ámbito de la Ley los contratos de servicios y suministros celebrados por organismos públicos de investigación estatales y los organismos similares de Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos.*

*El artículo 13 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación de la Investigación Científica y Técnica (FCIC), relaciona los organismos públicos de investigación del Estado y dispone que se regirán por la citada Ley, por su legislación especial y por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). La LOFAGE, en su artículo 43, define los organismos públicos como aquellos creados bajo la dependencia y vinculación de la Administración General del Estado para realizar actividades que justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional, tienen personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propia, autonomía de gestión y en los términos de la Ley y dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines en los términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria. En la clasificación de los organismos públicos que realiza el citado artículo 43, se encuentran los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales.*

*En el artículo 15.2 de la FCIC se diferencia a estos organismos de investigación de las Fundaciones al disponer que aquéllos podrán suscribir convenios de colaboración con universidades, con fundaciones o con instituciones sin ánimo de lucro, tanto nacionales como extranjeras, para la ejecución y desarrollo de las actividades, entre las que cita: proyectos de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica, transferencia de conocimientos y de resultados científicos, creación, gestión o financiación de centros o unidades de investigación.*

## **5. La fundación universitaria debe actuar conforme a lo dispuesto en la ley para llevar a cabo las encomiendas de gestión**

Como hemos tenido oportunidad de analizar, las fundaciones universitarias pueden tener la consideración de medio propio instrumental de la universidad que las crea, pero independientemente de tal afirmación parece claro que en el ámbito de la contratación de las obras, bienes y servicios que realice, tiene la categoría de poder adjudicador, por lo que para finalizar este documento traemos a colación la exigencia recogida en el artículo 4.1.m de la LCSP

*...los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo*

*quedaran sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos...*

En el caso analizado se trataría del régimen de contratación que la ley prevé para los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de administración pública. Un complejo sistema de contratación cuyo análisis consideramos queda fuera del ámbito y las pretensiones del presente artículo.



# RESEÑA LEGISLATIVA



# RESEÑA LEGISLATIVA

## Disposiciones de la Unión Europea Año 2011<sup>(\*)</sup>

### I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En los asuntos generales de la Unión Europea en el segundo cuatrimestre de 2011 cabe destacar el Acuerdo entre los Estados miembros de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo, sobre la protección de la información clasificada intercambiada en interés de la Unión Europea (DOUE C 202, 8.07.2011, p. 13) y la Resolución del Consejo relativa al fomento de formas de participación nuevas y efectivas de todos los jóvenes en la vida democrática de Europa (DOUE C 169, 9.06.2011, p. 1).

En cuanto a los asuntos financieros, se decide la movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea (DOUE L 132, 19.05.2011, p. 13) y del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, a solicitud de Dinamarca (DOUE L 195, 27.07.2011, p. 52; DOUE L 195, 27.07.2011, p. 52) y de Bélgica (DOUE L 195, 27.07.2011, p. 54).

En los asuntos institucionales, en relación con el Parlamento Europeo, cabe señalar la adaptación de su Reglamento interno, en la 7ª legislatura, de conformidad con las decisiones del Parlamento sobre el uso no sexista del lenguaje en sus documentos (DOUE L 116, 5.05.2011, p. 1). Se adopta el reglamento de la Conferencia de los Órganos Especializados en Asuntos de la Unión de los Parlamentos de la Unión Europea, que sustituye al de 2007 (DOUE C 229, 4.08.2011, p. 1), y en aplicación del principio de transparencia, se adopta una reglamentación relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, que actualiza las decisiones anteriores en esta materia (DOUE C 216, 22.07.2011, p. 19). El Parlamento llega a un acuerdo con la Comisión Europea relativo al establecimiento de un Registro de transparencia para las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia que participan en

---

(\*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 2º, cuatrimestre de 2011.

la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea (DOUE L 191, 22.07.2011, p. 29) y se constituye la Asamblea Parlamentaria Euronest y se adopta su Reglamento. La Asamblea Parlamentaria Euronest es la institución parlamentaria de la Asociación Oriental entre la Unión Europea y sus socios de Europa Oriental (Armenia, Azerbaiyán, Georgia, Moldova y Ucrania) que podrían convertirse en Estados miembros de la Unión Europea (DOUE C 198, 6.07.2011, p. 4 y 7).

En lo que se refiere al Consejo, se adopta una decisión sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE (DOUE L 141, 27.05.2011, p 17) y se determina para la Secretaría General del Consejo la autoridad facultada para proceder a los nombramientos y la autoridad facultada para celebrar los contratos de personal y se deroga la Decisión 2006/491/CE, Euratom (DOUE L 191, 22.07.2011, p. 21).

En cuanto a la Comisión, se adopta un Memorando de Acuerdo entre la Comisión Europea y la Organización Mundial de Sanidad Animal sobre sus relaciones generales (DOUE C 241, 19.08.2011, p. 1).

La institución Tribunal de Justicia también presenta algunas novedades, y así se modifica el Reglamento de Procedimiento de sus tres instancias jurisdiccionales, del Tribunal de Justicia (DOUE L 162, 22.06.2011, p. 17), del Tribunal General (DOUE L 162, 22.06.2011, p. 18) y del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (DOUE L 162, 22.06.2011, p. 19), así como se modifican también las Instrucciones prácticas a las partes del Tribunal General (DOUE L 180, 8.07.2011, p. 52). También se nombran jueces del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (DOUE L 194, 26.07.2011, p. 31).

En el Banco Central Europeo se procede al nombramiento de su Presidente, el Sr. Mario Draghi, para un mandato de ocho años a partir del 1 de noviembre de 2011, en sustitución del francés Jean-Claude Trichet. (DOUE L 173, 1.07.2011, p. 8).

Por último, y en relación con los órganos auxiliares, se nombra a un miembro suplente español del Comité de las Regiones, al Sr. Senén Florensa i Palau, Secretario de Asuntos Exteriores, Generalitat de Cataluña (DOUE L 166, 25.06.2011, p. 26) y se nombran miembros y suplentes del Comité del Fondo Social Europeo, los españoles, por el Gobierno, D. Carlos Tortuero Martín y como Suplente D. David García López, por los Empresarios como Suplente D<sup>a</sup>. Cristina Regalado Martín, y por los Sindicatos D<sup>a</sup>. Ana Micó Maestre y como Suplente D<sup>a</sup>. Ana Hermoso Canoura (DOUE C 217, 23.07.2011, p. 29).

## II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En materia de Unión Aduanera se modifica reiteradamente la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 113, 3.05.2011, p. 6; DOUE L 122, 11.05.2011, p. 63; DOUE L 134, 21.05.2011, p. 11; DOUE L 163, 23.06.2011, p. 8; DOUE L 163, 23.06.2011, p. 10; DOUE L 163, 23.06.2011, p. 12; DOUE L 199, 2.08.2011, p. 35; DOUE L 199, 2.08.2011, p. 37; DOUE L 200, 3.08.2011, p. 1; DOUE L 200, 3.08.2011, p. 4; DOUE L 200, 3.08.2011, p. 6; DOUE L 201, 4.08.2011, p. 1; DOUE L 201, 4.08.2011, p. 4; DOUE L 201, 4.08.2011, p. 6; DOUE L 201, 4.08.2011, p. 8; DOUE L 201, 4.08.2011, p. 10; DOUE L 211, 18.08.2011, p. 5; DOUE L 211, 18.08.2011, p. 7; DOUE L 211, 18.08.2011, p. 9). También se modifica la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L 150, 9.06.2011, p. 3; DOUE L 166, 25.06.2011, p. 16). Igualmente se modifica la normativa relativa a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión autónomos para determinados productos agrícolas e industriales (DOUE L 170, 30.06.2011, p. 1).

Referido a productos concretos, se modifica el Reglamento (CE) n° 828/2009 por el que se establecen, para las campañas de comercialización 2009/10 a 2014/15, las disposiciones de aplicación para la importación y el refinado de productos del sector del azúcar de la partida arancelaria 1701 en el marco de acuerdos preferenciales (DOUE L 129, 17.05.2011, p. 5) y se establecen excepciones al Reglamento (CEE) n° 2454/93 en lo relativo a la definición de la noción de productos originarios utilizada a los efectos del sistema de preferencias arancelarias generalizadas, atendiendo a la situación particular de Cabo Verde en lo que respecta a las exportaciones de determinados productos de la pesca a la Unión Europea (DOUE L 119, 7.05.2011, p. 1) y para el año 2011, al Reglamento (CE) n° 1067/2008 relativo a la apertura y modo de gestión de los contingentes arancelarios comunitarios de trigo blando de todas las calidades excepto de calidad alta, procedente de terceros países (DOUE L 170, 30.06.2011, p. 18).

En lo que respecta a la Política Comercial, la celebración de Tratados internacionales suele ser un elemento fundamental de la misma, en este segundo cuatrimestre, se celebran diversos acuerdos internacionales. Así se decide la firma y aplicación provisional del Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, que comporta los siguientes Protocolos, el relativo a la definición de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa, el relativo

a la asistencia administrativa mutua en materia de aduana y el relativo a la cooperación cultural (DOUE L 127, de 14.5.2011, p. 1, 4, 6, 1344, 1415, 1418). También se decide la celebración de un Acuerdo en forma de un Protocolo entre la Unión Europea 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 138, 26.05.2011, p. 2 y 3) y otro semejante con el Reino Hachemí de Jordania (DOUE L 177, 6.07.2011, p. 1 y 3).

En el ámbito internacional también se establece la posición que debe tomar la Unión Europea en el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio con respecto a la adhesión de la República de Vanuatu a la Organización Mundial del Comercio (DOUE L 132, 19.05.2011, p. 14) y se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Unión Europea y la República de Liberia sobre la aplicación de las leyes forestales, la gobernanza y el comercio de los productos de la madera con destino a la Unión Europea (DOUE L 196, 28.07.2011, p. 2). Se aplica, además, la cláusula bilateral de salvaguardia del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros y la República de Corea (DOUE L 145, 31.05.2011, p. 19).

En lo que se refiere al sistema de preferencias generalizadas, se modifica el Reglamento (CE) n° 732/2008 del Consejo, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas para el período del 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011 (DOUE L 145, 31.05.2011, p. 28), y se establecen las normas de desarrollo para la aplicación de los regímenes comerciales preferenciales aplicables a determinadas mercancías resultantes de la transformación de productos agrícolas, de acuerdo con el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1216/2009 del Consejo (DOUE L 138, 26.05.2011, p. 18). También se introducen preferencias comerciales autónomas para la República de Moldova (DOUE L 165, 24.06).

Finalmente, en materia comercial, se establecen disposiciones específicas en relación con las mercancías procedentes de zonas que no están bajo el control efectivo del Gobierno de Chipre y que lleguen a zonas que están bajo el control efectivo de dicho Gobierno (DOUE L 146, 1.06.2011, p. 4) y se modifica la normativa relativa a la exportación e importación de productos químicos peligrosos (DOUE L 215, 20.08.2011, p. 1).

### III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En la Política Agrícola, y en relación con los asuntos más generales, los Fondos, las restituciones, las compraventas y la intervención, y el régimen de las regiones ultraperiféricas, cabe destacar distintas decisiones de ejecución de la Comisión, relativas a la liquidación de las cuentas de los organismos pagadores de los Estados miembros correspondientes a los gastos financiados por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) en el ejercicio financiero 2010 (DOUE L 119, 7.05.2011, p. 15) y por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) en el ejercicio financiero 2010 (DOUE L 119, 7.05.2011, p. 70). Se adopta también un reglamento de ejecución que modifica las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1698/2005 del Consejo relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DOUE L 185, 15.07.2011, p. 57), así como un reglamento de ejecución por el que se establecen límites máximos presupuestarios para 2011 aplicables a determinados regímenes de ayuda directa previstos en el Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo (DOUE L 185, 15.07.2011, p. 62).

En cuestiones económicas también se encuentra el reglamento de ejecución relativo a los anticipos que deben pagarse, a partir del 16 de octubre de 2011, en los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común (DOUE L 203, 6.08.2011, p. 9) y los reglamentos de ejecución, el que modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 1217/2009 del Consejo en lo relativo a la lista de circunscripciones de la red de información contable agrícola sobre las rentas y la economía de las explotaciones agrícolas en la Comunidad Europea (DOUE L 195, 27.07.2011, p. 42) y el que modifica el Reglamento (UE) n° 1291/2009 relativo a la selección de las explotaciones contables para el registro de las rentas en las explotaciones agrícolas (DOUE L 199, 2.08.2011, p. 40), así como el reglamento de ejecución que se refiere a la superficie máxima garantizada que puede beneficiarse de la prima a las protegidas (DOUE L 203, 6.08.2011, p. 10).

En relación con los productos agrícolas ecológicos, 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 113, 3.05.2011, p. 1) y se modifican las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo en lo que se refiere a las importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países (DOUE L 161, 21.06.2011, p. 9).

En materias relacionadas con la protección de la salud, se puede señalar la normativa que modifica el Reglamento (CE) n° 690/2008, por el que se reconocen determinadas zonas protegidas en la Comunidad expuestas a riesgos fitosanitarios específicos ((DOUE L 118, 6.05.2011, p. 2), así como los reglamentos 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 136, 24.05.2011, p. 52; DOUE L 180, 8.07.2011, p. 39). Se adopta también una decisión por la que se autoriza a determinados Estados miembros a revisar sus programas anuales de seguimiento de la EEB (DOUE L 161, 21.06.2011, p. 29).

También se definen los métodos de análisis y otras disposiciones de carácter técnico necesarios para la aplicación del régimen de importación de determinadas mercancías resultantes de la transformación de productos agrícolas (DOUE L 166, 25.06.2011, p. 6) y se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 1439/95, el anexo III del Reglamento (CE) n° 748/2008 y el anexo II del Reglamento (CE) n° 810/2008 en lo que atañe a la autoridad habilitada para emitir documentos y certificados en Argentina (DOUE L 179, 7.07.2011, p. 1).

En relación con los trámites requeridos para la exportación e importación de productos agrícolas, se modifica el Reglamento (CE) n° 376/2008 por el que se establecen disposiciones comunes de aplicación del régimen de certificados de importación, de exportación y de fijación anticipada para los productos agrícolas (DOUE L 183, 13.07.2011, p. 4) y se establecen, para el año 2011, excepciones a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 501/2008, estableciendo un calendario complementario para presentar y seleccionar los programas de información y de promoción de frutas y hortalizas frescas en el mercado interior y en los mercados de terceros países (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 6).

En relación con la regulación de productos, vegetales, cereales, y hortalizas se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en los sectores de las frutas y hortalizas y de las frutas (DOUE L 157, 15.06.2011, p. 1) y se establecen, con carácter temporal, medidas excepcionales de apoyo al sector de las frutas y hortalizas por la crisis que se originó en Alemania, como consecuencia de un brote mortal de *Escherichia coli* (*E. coli*) enterohemorrágica, que fue asociado al consumo de determinadas frutas y hortalizas frescas, y que afectó de manera especial a los pepinos y otras hortalizas españolas (DOUE L 160, 18.06.2011, p. 71). También se establece un coeficiente de asignación para las ayudas excepcionales de la Unión, de carácter temporal, al sector de las frutas y hortalizas (DOUE L 200, 3.08.2011, p. 17; DOUE L 200, 3.08.2011, p. 18) Se adopta igualmente una directiva que



modifica los caracteres que los exámenes deben analizar como mínimo y las condiciones mínimas para examinar determinadas variedades de especies de plantas agrícolas y hortícolas (DOUE L 175, 2.07.2011, p. 17).

En relación con los productos fitosanitarios, se autorizan diversas sustancias activas a efectos de su comercialización, así la prohexadiona, (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 28), la azoxistrobina (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 33), azimsulfurón (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 38) imazalilo (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 43) profoxidim (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 50), y terbutilazina (DOUE L 209, 17.08.2011, p. 18). Se modifica también el anexo III del Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los límites máximos de residuos de clorantraniliprol (DPX E-2Y45) en o sobre las zanahorias (DOUE L 124, 13.05.2011, p. 23).

En cuanto a producto concretos, se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 320/2006 del Consejo, por el que se establece un régimen temporal para la reestructuración del sector del azúcar en la Comunidad (DOUE L 184, 14.07.2011, p. 1), se fija el importe final de la ayuda para los forrajes desecados de la campaña de comercialización 2010/11 (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 54) y se deciden medidas de emergencia aplicables a las semillas de alholva y determinadas semillas y habas importadas de Egipto (DOUE L 179, 7.07.2011, p. 10).

En cuanto a la regulación de los sectores ganaderos y de aves de corral, y en relación con los piensos, se adopta el reglamento relativo al Catálogo de materias primas para piensos (DOUE L 159, 17.06.2011, p. 25). Se autoriza la vitamina B6 como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 138, 26.05.2011, p. 40), se establecen los métodos de muestreo y análisis para el control oficial de los piensos y de la presencia en ellos de material modificado genéticamente cuyo procedimiento de autorización esté pendiente o cuya autorización haya caducado (DOUE L 166, 25.06.2011, p. 9), se modifica la regulación relativa a la intensificación de los controles oficiales de las importaciones de determinados piensos y alimentos de origen no animal (DOUE L 115, 5.05.2011, p. 5; DOUE L 205, 10.08.2011, p. 15) y se adopta una recomendación de la Comisión, relativa a la reducción de la presencia de dioxinas, furanos y PCB en los piensos y los productos alimenticios (DOUE L 218, 24.08.2011, p. 23).

La comercialización de distintos tipos de carne también es objeto de regulación, y así se establecen normas de desarrollo del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que atañe a la comercialización de carne de aves

de corral (DOUE L 159, 17.06.2011, p. 66) 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 205, 10.08.2011, p. 27).

Y en relación con la protección de la salud a personas y animales, se modifica el Reglamento (CE) n° 1266/2007 en lo que respecta al período de aplicación de las medidas transitorias relativas a las condiciones para eximir a determinados animales de la prohibición de salida establecida en la Directiva 2000/75/CE del Consejo (DOUE L 176, 5.07.2011, p. 18) y se aprueban determinados programas modificados de erradicación y vigilancia de enfermedades animales y zoonosis para el año 2011 y se modifica la Decisión 2010/712/UE por lo que respecta a la participación financiera de la Unión en determinados programas aprobados mediante dicha Decisión (DOUE L 185, 15.07.2011, p. 77).

En cuanto a la regulación de los productos lácteos se abre el procedimiento de asignación de los certificados de exportación de los quesos que se vayan a exportar en 2012 a los Estados Unidos de América en el marco de determinados contingentes derivados de los acuerdos del GATT (DOUE L 203, 6.08.2011, p. 26).

Por último, y como suele ser habitual se adopta un reglamento por el que se adopta un plan de asignación a los Estados miembros de los recursos imputables al ejercicio presupuestario 2012 para el suministro de alimentos procedentes de las existencias de intervención en beneficio de las personas más necesitadas de la Unión Europea y se establecen excepciones a determinadas disposiciones del Reglamento (UE) n° 807/2010 (DOUE L 152, 11.06.2011, p. 24).

#### IV. POLÍTICA PESQUERA

En el ámbito de la Política de Pesca, es necesario para la Unión Europea la celebración de Tratados internacionales de pesca, para que puedan faenar los barcos de las flotas de sus Estados miembros en aguas de Estados terceros. A estos efectos se firma y aplica provisionalmente el Protocolo acordado entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de asociación en el sector pesquero en vigor entre ambas Partes (DOUE L 180, 8.07.2011, p. 1 y 2). Se celebra un Protocolo por el que se fijan las posibilida-

des de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República Democrática de Santo Tomé y Príncipe (DOUE L 188, 19.07.2011, p. 1), otro Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República de Seychelles (DOUE L 196, 28.07.2011, p. 1) y un tercer Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos (DOUE L 202, 5.08.2011, p. 1 y 3). También, y en relación con la pesca ilegal, se aprueba, en nombre de la Unión, el Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 191, 22.07.2011, p. 1 y 3).

En cuanto al régimen general de la pesca y flotas pesqueras se modifica el Reglamento (CE) n° 861/2006 del Consejo por el que se establecen medidas financieras comunitarias para la aplicación de la política pesquera común y el Derecho del Mar (DOUE L 192, 22.07.2011, p. 33). También se modifica el Reglamento (CE) n° 2074/2005 en lo que respecta a la documentación que acompaña a los productos de la pesca congelados importados directamente de un buque congelador (DOUE L 207, 12.08.2011, p. 1).

Se establece un programa específico de control e inspección de las pesquerías pelágicas en las aguas occidentales del Atlántico Nororiental (DOUE L 138, 26.05.2011, p. 59) y se modifica el Reglamento (UE) n° 57/2011 en lo que concierne a las posibilidades de pesca para determinadas poblaciones de peces (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 1). Se decide la participación financiera de la Unión en los programas de control, inspección y vigilancia de la actividad pesquera realizados por los Estados miembros en 2011 (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 50) y se modifica el Reglamento (UE) n° 468/2010 por el que se establece la lista de la UE de los buques que practican una pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 194, 26.07.2011, p. 14).

La protección del medio marino y las cuotas generales de pesca son también objeto de regulación en este cuatrimestre y así se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la Unión de las Comoras ((DOUE L 134, 21.05.2011, p. 1), entre la Unión Europea y la República Democrática de Santo Tomé y Príncipe (DOUE L 136, 24.05.2011, p. 4) entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde (DOUE L 180, 8.07.2011, p.

20) entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos (DOUE L 202, 5.08.2011, p. 31) y se asignan las posibilidades de pesca en virtud del Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República Democrática de Santo Tomé y Príncipe (DOUE L 136, 24.05.2011, p. 2).

Igualmente, en la protección de especies marinas, se modifica el Reglamento (CE) n° 850/98 del Consejo, para la conservación de los recursos pesqueros a través de medidas técnicas de protección de los juveniles de organismos marinos, y el Reglamento (CE) n° 1288/2009 del Consejo, por el que se establecen medidas técnicas transitorias desde el 1 de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2011 (DOUE L 165, 24.06.2011, p. 1) y se añaden a las cuotas de pesca de 2011 determinadas cantidades retenidas en el año 2010 de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 847/96 del Consejo (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 2). Se corrige el Reglamento (UE) n° 1004/2010, por el que se efectúan deducciones de determinadas cuotas de pesca para 2010 a cuenta de la sobrepesca producida en el año anterior (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 26).

Se establecen las disposiciones de aplicación de los cierres en tiempo real de determinadas pesquerías en el Mar del Norte y el Skagerrak (DOUE L 203, 6.08.2011, p. 7) También se modifica el Reglamento (UE) n° 57/2011 del Consejo en lo que atañe a los límites de capturas para la pesca del lanzón en aguas de la UE de las zonas CIEM IIa, IIIa y IV (DOUE L 131, 18.05.2011, p. 12). Se determinan las posibilidades de pesca de anchoa en el Golfo de Vizcaya para la campaña de pesca 2011/12 (DOUE L 193, 23.07.2011, p. 11), se prohíbe la pesca en la categoría 9 (arrastreros congeladores de pesca pelágica) en la zona económica de Mauritania por parte de los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L 204, 9.08.2011, p. 18) y se modifica el Reglamento (UE) n° 57/2011 del Consejo en lo que respecta a los límites de captura de capelán en aguas de Groenlandia (DOUE L 223, 30.08.2011, p. 1).

En lo que se refiere a las limitaciones de pesca a la flota española, se prohíbe la pesca de caballa en las zonas VI, VII, VIIIa, VIIIb, VIIIc y VIIIe; aguas de la UE y aguas internacionales de la zona Vb; y aguas internacionales de las zonas IIa, XII y XIV ((DOUE L 134, 21.05.2011, p. 13) se prohíben las actividades pesqueras dirigidas al atún rojo en el Océano Atlántico oriental y en el Mar Mediterráneo a los cerqueros que enarbolan pabellón de España o están matriculados en España (DOUE L 151, 10.06.2011, p. 1), se prohíbe la pesca de brosmio en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas V, VI y VII (DOUE L 195, 27.07.2011, p. 24), la pesca de sable negro en aguas de

la UE y aguas internacionales de las zonas V, VI, VII y XII (DOUE L 195, 27.07.2011, p. 26), la pesca de eglefino en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas Vb y VIa (DOUE L 209, 17.08.2011, p. 14) y de carbonero en la zona VI; aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas Vb, XII y XIV (DOUE L 209, 17.08.2011, p. 16).

## V. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

En relación con la Libre Circulación de Personas, se decide la posición que debe tomar la Unión Europea en el Comité mixto creado por el artículo 14 del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, por lo que respecta a la sustitución del anexo III, relativo al reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales ((DOUE L 195, 27.07.2011, p. 7) y respecto a la sustitución del anexo II de dicho Acuerdo relativo a la coordinación de los regímenes de seguridad social ((DOUE L 209, 17.08.2011, p. 1).

Se deroga y sustituye el importante Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257 de 19.10.1968, p. 2.), que ha sido modificado en diversas ocasiones y de forma sustancial y se procede a la codificación de dicho Reglamento, adoptándose el Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DOUE L 141, 27.05.2011, p. 1).

Se autoriza a España a suspender temporalmente la aplicación de los artículos 1 a 6 del Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, con respecto a los trabajadores rumanos (DOUE L 207, 12.08.2011, p. 22) y se adopta una decisión relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L 138, 26.05.2011, p. 56).

## VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación al Derecho de Establecimiento y Libre prestación de Servicios, se adopta una directiva, relativa a los gestores de fondos de inversión al-

ternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n° 1060/2009 y (UE) n° 1095/2010 (DOUE L 174, 1.07.2011, p. 1) y una recomendación de la Comisión, sobre el acceso a una cuenta de pago básica (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 87).

## VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el ámbito de la Política de Transportes también es frecuente la celebración de Tratados internacionales, especialmente en lo que se refiere al transporte aéreo, así el Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam sobre determinados aspectos de los servicios aéreos (DOUE L 132, 19.05.2011, p. 5), el Acuerdo sobre seguridad en la aviación civil entre la Comunidad Europea y Canadá (DOUE L 195, 27.07.2011, p. 5) y la decisión de sustitución del anexo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 32).

También en relación con los transportes aéreos se adopta normativa en este período, y así se establecen disposiciones de aplicación de las funciones de la red de gestión del tránsito aéreo (ATM) y se modifica el Reglamento (UE) n° 691/2010 (DOUE L 185, 15.07.2011, p. 1), también se establecen normas detalladas para las licencias y determinados certificados de los controladores de tránsito aéreo en virtud del Reglamento (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 206, 11.08.2011, p. 21). Y en relación con la seguridad se modifica en lo que atañe a la carga y al correo aéreos 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 220, 26.08.2011, p. 9) y se modifica el Reglamento (CE) n° 272/2009 que completa las normas básicas comunes sobre la seguridad de la aviación civil en lo que se refiere a la introducción gradual del control de líquidos, aerosoles y geles en los aeropuertos de la UE (DOUE L 193, 23.07.2011, p. 19).

Respecto a los transportes por carretera se adoptan directrices para la información por parte de los Estados miembros de conformidad con la Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo ((DOUE L 193, 23.07.2011, p. 48).

En cuanto al transporte marítimo, se adoptan decisiones de la Comisión, sobre el reconocimiento de Ecuador (DOUE L 170, 30.06.2011, p. 38) en virtud de la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo

que se refiere a los sistemas de formación y titulación de la gente de mar, y también el mismo reconocimiento para Azerbaiyán (DOUE L 220, 26.08.2011, p. 22).

Asimismo se adopta el reglamento interno del marco de cooperación permanente establecido por los Estados miembros en colaboración con la Comisión de conformidad con el artículo 10 de la Directiva 2009/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 177, 6.07.2011, p. 18).

Finalmente, respecto al transporte ferroviario se adopta normativa relativa a un sistema de certificación de las entidades encargadas del mantenimiento de los vagones de mercancías y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 653/2007 (DOUE L 122, 11.05.2011, p. 22). También respecto a la especificación técnica de interoperabilidad correspondiente al subsistema «aplicaciones telemáticas para los servicios de viajeros» del sistema ferroviario transeuropeo (DOUE L 123, 12.05.2011, p. 11), sobre la especificación técnica de interoperabilidad del subsistema de energía del sistema ferroviario transeuropeo convencional (DOUE L 126, 14.05.2011, p. 1), sobre la especificación técnica de interoperabilidad del subsistema de infraestructura del sistema ferroviario transeuropeo convencional (DOUE L 126, 14.05.2011, p. 53) sobre la especificación técnica de interoperabilidad del subsistema de material rodante «locomotoras y material rodante de viajeros» del sistema ferroviario transeuropeo convencional (DOUE L 139, 26.05.2011, p. 19) y sobre la especificación técnica de interoperabilidad referente al subsistema «explotación y gestión del tráfico» del sistema ferroviario transeuropeo convencional (DOUE L 144, 31.05.2011, p. 1).

## VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En materia de concentraciones, y en relación con empresas españolas, la Comisión manifestó su No oposición a dos concentraciones notificadas, (Asunto COMP/M.6206 – Grupo Iberdrola/Caja Rural de Navarra/Renovables de la Ribera) ((DOUE C 198, 6.07.2011, p. 1) y (Asunto COMP/M.6265 – CSN/AG Cementos Balboa/Corrugados Azpeitia/Corrugados Lasao/Stahlwerk Thüringen) ((DOUE C 215, 21.07.2011, p. 25).

En cuanto a derechos compensatorios y antidumping, se amplía a las importaciones de biodiésel expedido desde Canadá, esté o no declarado como originario de Canadá, el derecho compensatorio definitivo impuesto por el Reglamento (CE) n° 598/2009 a las importaciones de biodiésel originario de los

Estados Unidos de América, amplía el derecho compensatorio definitivo impuesto por el Reglamento (CE) n° 598/2009 a las importaciones de biodiésel en mezclas con un contenido igual o inferior al 20 % en peso de biodiésel originario de los Estados Unidos de América, y da por concluida la investigación sobre las importaciones expedidas desde Singapur ((DOUE L 122, 11.05.2011, p. 1; UE L 122, 11.05.2011, p. 12).

En lo que se refiere a la República Popular de China, se exige a determinadas partes de la ampliación a determinadas piezas de bicicleta del derecho antidumping que se aplica a las bicicletas originarias de la República Popular China, establecido por el Reglamento (CEE) n° 2474/93 del Consejo, y mantenido y modificado en último lugar por el Reglamento (CE) n° 1095/2005, y por la que se levanta la suspensión y se revoca la exención del pago del derecho antidumping ampliado a determinadas piezas de bicicleta originarias de la República Popular China concedidas a determinadas partes en virtud del Reglamento (CE) n° 88/97 de la Comisión (DOUE L 136, 24.05.2011, p. 99 se dan por concluidas las medidas antidumping aplicables a las importaciones de cumarina (DOUE L 180, 8.07.2011, p. 1), y se impone un derecho antidumping provisional a las importaciones de determinados tubos sin soldadura de acero inoxidable (DOUE L 169, 29.06.2011, p. 1.

Continuando con la República Popular de China, se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de furfuraldehído originarias de la China tras una reconsideración por expiración en virtud del artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1225/2009 (DOUE L 123, 12.05.2011, p. 1), sobre las importaciones de determinadas bolsas y bolsitas de plástico (DOUE L 131, 18.05.2011, p. 2) sobre las importaciones de carbonato de bario (DOUE L 214, 19.08.2011, p. 1) a las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de la República Popular China a las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de Malasia, hayan sido declarados o no originarios de Malasia (DOUE L 194, 26.07.2011, p. 6), sobre las importaciones de determinadas bolsas y bolsitas de plástico originarias de la República Popular China y Tailandia, y se da por concluido el procedimiento relativo a las importaciones de determinadas bolsas y bolsitas de plástico originarias de Malasia (DOUE L 131, 18.05.2011, p. 10) y se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de melamina (DOUE L 124, 13.05.2011, p. 2) sobre las importaciones de determinados tejidos de malla abierta hechos de fibra de vidrio (DOUE L 204, 9.08.2011, p. 1), sobre las importaciones de papel fino estucado (DOUE L 128, 14.05.2011, p. 1). También se establece un derecho antisubvención definitivo sobre las importaciones



de papel fino estucado originario de la República Popular China (DOUE L 128, 14.05.2011, p. 18). Se dan por concluidas la reconsideración por expiración y la reconsideración por «nuevo exportador» de las medidas antidumping referentes a la importación de determinados ladrillos de magnesia originarios de la República Popular China (DOUE L 166, 25.06.2011, p. 1).

Se imponen y modifican también derechos antidumping definitivos sobre las importaciones de películas de politereftalato de etileno (PET) originarias de la India (DOUE L 129, 17.05.2011, p. 1). Se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinados mecanismos de encuadernación con anillas originarios de Tailandia (DOUE L 204, 9.08.2011, p. 11), y sobre las importaciones de zeolita A en forma de polvo originaria de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 125, 14.05.2011, p. 1).

Se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de determinados alcoholes grasos y sus mezclas originarios de la India, Indonesia y Malasia (DOUE L 122, 11.05.2011, p. 47) y sobre las importaciones de acetato de vinilo originario de los Estados Unidos de América (DOUE L 209, 17.08.2011, p. 24) y se deroga el derecho compensatorio sobre las importaciones de determinados antibióticos de amplio espectro originarios de la India y se pone término al procedimiento relativo a dichas importaciones, de conformidad con la reconsideración efectuada con arreglo al artículo 18, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 597/2009 (DOUE L 206, 11.08.2011, p. 1).

En cuanto a las ayudas de Estado a España, se autorizan diversas ayudas, en casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones (DOUE C 131, 3.05.2011, p. 2; DOUE C 153, 24.05.2011, p. 3; DOUE C 153, 24.05.2011, p. 4; DOUE C 170, 10.06.2011, p. 1; DOUE C 189, 29.06.2011, p. 3; DOUE C 196, 5.07.2011, p. 1; DOUE C 206, 12.07.2011, p. 8) pero en la Decisión 2011/282/UE de la Comisión, de 12 de enero de 2011, 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 la Comisión estima que el régimen de ayudas ejecutado por España en virtud del artículo 12.5 del Real Decreto Legislativo n° 4/2004 de 5 de marzo de 2005, que consolidó las modificaciones introducidas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aplicado ilegalmente por España infringiendo el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es incompatible con el mercado interior a efectos de las ayudas concedidas a los beneficiarios, al realizar adquisiciones fuera de la Unión, y por tanto España tiene que recuperar las ayudas concedidas (DOUE L 135, 21.05.2011, p. 1).

En relación con Andalucía, se autorizan ayudas en relación con la peste de la mosca del olivar (DOUE C 159, 28.05.2011, p. 3), con la lucha contra las moscas mediterráneas de la fruta y contra los insectos y enfermedades virales de los cultivos hortícolas, (DOUE C 159, 28.05.2011, p. 3), y en conjunto se autoriza una ayuda con otras Comunidades Autónomas, Rioja, Aragón, Castilla-León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Cataluña, Comunidad Valenciana, Andalucía, Murcia (DOUE C 206, 12.07.2011, p. 39).

También se autorizan ayudas a otras comunidades Autónomas españolas, como a País Vasco, Castilla-León y Extremadura, (DOUE C 138, 7.05.2011, p. 14) a Canarias (DOUE C 210, 16.07.2011, p. 20; UE C 237, 13.08.2011, p. 1), Navarra (DOUE C 138, 7.05.2011, p. 7) País Vasco (DOUE C 138, 7.05.2011, p. 3; DOUE C 147, 18.05.2011, p. 5; DOUE C 153, 24.05.2011, p. 4; DOUE C 181, 22.06.2011, p. 33; DOUE C 187, 28.06.2011, p. 8; DOUE C 213, 20.07.2011, p. 15; DOUE C 225, 31.07.2011, p. 2; DOUE C 225, 31.07.2011, p. 3) y Galicia (DOUE C 213, 20.07.2011, p. 14; DOUE C 237, 13.08.2011, p. 6; DOUE C 237, 13.08.2011, p. 8).

## IX. FISCALIDAD

En Política Fiscal, se adopta una directiva relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco (DOUE L 176, 5.07.2011, p. 24) y una decisión relativa a la lista de datos estadísticos, referentes a la estructura y a los tipos del impuesto especial sobre el tabaco elaborado, que los Estados miembros deben facilitar de conformidad con las Directivas 92/79/CEE y 92/80/CEE del Consejo (DOUE L 197, 29.07.2011, p. 17).

## X. POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En relación con la Política Económica y Monetaria y la libre circulación de capitales, se puede señalar una decisión del Banco Central Europeo, sobre la selección de los proveedores del servicio de red de TARGET2-Securities (BCE/2011/5) (DOUE L 134, 21.05.2011, p. 22) y dos recomendaciones, una del Consejo sobre el nombramiento del Presidente del Banco Central Europeo (DOUE L 150, 9.06.2011, p. 8) y otra del Banco Central Europeo, de 9 de junio de 2011, al Consejo de la Unión Europea, sobre los auditores externos del Oesterreichische Nationalbank (BCE/2011/7), que se realiza en aplicación del

reconocimiento de la competencia del BCE para adoptar recomendaciones, a partir del Tratado de Lisboa, en el art. 292 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 174, 15.06.2011, p. 6).

Respecto a las medidas económicas en relación con los Estados miembros se concede a Rumania una ayuda financiera a medio plazo con carácter preventivo de la UE (DOUE L 132, 19.05.2011, p. 15) y se concede también asistencia mutua a Rumania (DOUE L 132, 19.05.2011, p. 18). Se modifica la Decisión de Ejecución 2011/77/UE sobre la concesión por la Unión de ayuda financiera a Irlanda (DOUE L 147, 2.06.2011, p. 17) y se concede ayuda financiera de la Unión a Portugal (DOUE L 159, 17.06.2011, p. 88). También se adopta una decisión sobre medidas temporales relativas a la admisibilidad de los instrumentos de renta fija negociables emitidos o garantizados por el Estado portugués (BCE/2011/10) (DOUE L 182, 12.07.2011, p. 31).

Se van a adoptar una serie de Recomendaciones por el Consejo relativas a los Programas nacionales de Reforma de los distintos Estados miembros, así la relativa al Programa Nacional de Reforma de 2011 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad actualizado de España (2011-2014) (DOUE C 212, 19.07.2011, p. 1).

Pero también se adoptan para los demás Estados miembros, así para Bélgica (DOUE C 209, 15.07.2011, p. 1), Bulgaria (DOUE C 209, 15.07.2011, p. 5), Hungría (DOUE C 209, 15.07.2011, p. 10), Lituania (DOUE C 210, 16.07.2011, p. 1), Luxemburgo (DOUE C 210, 16.07.2011, p. 5), Austria (DOUE C 210, 16.07.2011, p. 8), Chipre (DOUE C 210, 16.07.2011, p. 12), la República Checa (DOUE C 212, 19.07.2011, p. 5), Alemania (DOUE C 212, 19.07.2011, p. 9), Países Bajos (DOUE C 212, 19.07.2011, p. 13), Dinamarca (DOUE C 213, 20.07.2011, p. 1), Estonia, (DOUE C 213, 20.07.2011, p. 5) Francia (DOUE C 213, 20.07.2011, p. 8), Grecia (DOUE C 213, 20.07.2011, p. 12), Irlanda (DOUE C 215, 21.07.2011, p. 1), Italia (DOUE C 215, 21.07.2011, p. 4), Letonia (DOUE C 215, 21.07.2011, p. 8), Malta (DOUE C 215, 21.07.2011, p. 10), Portugal (DOUE C 216, 22.07.2011, p. 1), Finlandia (DOUE C 216, 22.07.2011, p. 3) Rumania (DOUE C 216, 22.07.2011, p. 6), Eslovenia (DOUE C 217, 23.07.2011, p. 1), Polonia (DOUE C 217, 23.07.2011, p. 5), Suecia (DOUE C 217, 23.07.2011, p. 9) y Reino Unido (DOUE C 217, 23.07.2011, p. 12).

El régimen del Euro también es objeto de regulación y así se celebra un Acuerdo monetario entre la Unión Europea y la República Francesa relativo al

mantenimiento del euro en San Bartolomé como consecuencia de la modificación de su estatuto respecto de la Unión Europea (DOUE L 189, 20.07.2011, p. 1 y 3).

También se adopta nueva normativa sobre los procedimientos de acreditación medioambiental y de seguridad e higiene para la producción de billetes en euros (BCE/2011/8) (DOUE L 176, 5.07.2011, p. 52). El Consejo dará una recomendación relativa a la aplicación de las orientaciones generales de política económica por los Estados miembros cuya moneda es el euro (DOUE C 217, 23.07.2011, p. 15) y el BCE una orientación por la que se modifica la Orientación BCE/2008/8 sobre la recopilación de datos relativos al euro y sobre el funcionamiento del Sistema de Información sobre la Moneda 2 (BCE/2011/9) (DOUE L 217, 23.08.2011, p. 1).

## XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

La celebración de tratados internacionales es consustancial al ámbito de las Relaciones Exteriores y de la Cooperación al Desarrollo de la UE. En consecuencia se celebran numerosos tratados, como son un Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación, por el que se establece una Asociación 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 131, 18.05.2011, p. 1) y 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 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 133, 20.05.2011, p. 1).

Con el Reino de Marruecos se celebra un Acuerdo que establece un mecanismo de solución de diferencias entre Marruecos y la UE (DOUE L 176, 5.07.2011, p. 1 y 2) y se modifica el anexo II del Protocolo n.º 4 del Acuerdo Euromediterráneo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, en el que se incluye la lista de las elaboraciones o transformaciones que aplicar en las materias no originarias para que el producto transformado pueda obtener el carácter originario (DOUE L 141, 27.05.2011, p. 66). En las relaciones con Argelia se crea me-

dian­te una Decisión del Consejo de Asociación Argelia-UE, el subcomité «Diá­logo político, seguridad y derechos humanos» (DOUE L 146, 1.06.2011, p. 18). Y se decide la posición que debe adoptar la Unión Europea en el Comité de Gestión Con­jun­to para Asun­tos Sanitarios y Fitosanitarios creado en virtud del Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra, por lo que respecta a la modificación del apéndice V, parte A, del anexo IV de tal Acuerdo (DOUE L 193, 23.07.2011, p. 5).

En relación con el Espacio Económico Europeo (EEE), se modifican di­versas disposiciones, como el Protocolo 4 (Normas de origen) del Acuerdo EEE (DOUE L 117, 5.05.2011, p. 1 ), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE (DOUE L 196, 28.07.2011, p. 25, 26, 27 y 32), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el Protocolo 47 (sobre la supresión de los obstáculos técnicos en el comercio del vino) del Acuerdo EEE (DOUE L 196, 28.07.2011, p. 29), el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE (DOUE L 196, 28.07.2011, p. 33, 34, 35, 36 y 38), el anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE (DOUE L 196, 28.07.2011, p. 39) y el anexo XXI (Estadísticas) del Acuerdo EEE (DOUE L 196, 28.07.2011, p. 41).

Por otra parte, se toman varias decisiones referidas a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE respecto a una modificación del anexo VI (Seguridad Social) y del Protocolo 37 del Acuerdo EEE (DOUE L 182, 12.07.2011, p. 12), a la posición que debe adoptar la Unión Europea, en el seno del Comité mixto UE-Suiza, en relación con el reglamento interno del mismo, que se establecerá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, apartado 4, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo a la facilitación de los controles y formalidades en el transporte de las mercancías, y a las medidas aduaneras de seguridad (DOUE L 182, 12.07.2011, p. 28), a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Comité Mixto del EEE en relación con una modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (DOUE L 193, 23.07.2011, p. 9), a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Comité Mixto del EEE respecto a una modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (MEDIA Mundus) (DOUE L 194, 26.07.2011, p. 2) y a la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Comité Mixto del EEE respecto a una modificación del anexo XIII (Transporte) del Acuerdo EEE (DOUE L 194, 26.07.2011, p. 4). Se adopta también una Decisión del Órgano de Vigi-

lancia de la AELC relativa a las Leyes de puertos islandesas (Islandia) (DOUE L 219, 25.08.2011, p. 7).

En cuanto a los Países y Territorios de ultramar se adopta una Decisión, por la que se establecen normas y procedimientos simplificados para los controles sanitarios de productos de la pesca, moluscos bivalvos vivos, equinodermos, tunicados, gasterópodos marinos, sus subproductos y productos derivados de estos procedentes de Groenlandia (DOUE L 182, 12.07.2011, p. 24).

En el ámbito de las negociaciones de adhesión de nuevos Estados miembros, se adopta una Decisión del Consejo de Estabilización y Asociación UE-Croacia, que modifica el Protocolo nº 4 del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Croacia, por otra, relativo a la definición del concepto de productos originarios y a los métodos de cooperación administrativa (DOUE L 156, 15.06.2011, p. 7).

En cuanto a la Política de Vecindad, se modifica el Reglamento (CE) nº 951/2007 por el que se establecen las normas de aplicación de los programas de cooperación transfronteriza financiados en el marco del Reglamento (CE) nº 1638/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 118, 6.05.2011, p. 1).

La Cooperación al Desarrollo también presenta novedades en este cuatrimestre, y así se encuentra una Decisión relativa a la asignación de fondos liberados de proyectos en el marco del 9º Fondo Europeo de Desarrollo (FED) y de los FED anteriores destinados a la cooperación al desarrollo en Sudán Meridional (DOUE L 142, 27.05.2011, p. 61) y se establece la posición que ha de tomar la Unión Europea en el seno del Comité de ayuda alimentaria en relación con la prórroga del Convenio sobre Ayuda Alimentaria de 1999 (DOUE L 156, 15.06.2011, p. 5).

Y ya en relación a Estados concretos se modifican las medidas pertinentes establecidas en la Decisión 2009/618/CE, relativa a la conclusión del procedimiento de consulta con la República de Guinea en virtud del artículo 96 del Acuerdo de Cotonú, y se deroga dicha Decisión (DOUE L 195, 27.07.2011, p. 2) y se adopta una Decisión relativa a la conclusión del procedimiento de consultas con la República de Guinea-Bissau al amparo del artículo 96 del Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (DOUE L 203, 6.08.2011, p. 2).

## XII. ENERGÍA

En la Política energética cabe destacar la celebración de un Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica, representada por la Comisión de las Comunidades Europeas, y el Gobierno de la República de Corea en el ámbito de la investigación sobre la energía de fusión (DOUE L 154, 11.06.2011, p. 1 y 2) y una Directiva por la que se establece un marco comunitario para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y de los residuos radiactivos (DOUE L 199, 2.08.2011, p. 48).

## XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

El Mercado Interior sigue generando abundante normativa para su regulación, destacando la firma de Tratados internacionales como el Acuerdo entre la Unión Europea y Australia por el que se modifica el Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo en relación con la evaluación de la conformidad, la certificación y el marcado entre la Comunidad Europea y Australia (DOUE L 194, 26.07.2011, p. 1) y el Acuerdo entre la Unión Europea y Nueva Zelanda por el que se modifica el Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo en relación con la evaluación de la conformidad entre la Comunidad Europea y Nueva Zelanda (DOUE L 195, 27.07.2011, p. 1).

En relación con la normativa internacional también cabe destacar la adopción del Reglamento n° 110 de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) – Disposiciones uniformes relativas a la homologación de: I. Componentes específicos de vehículos de motor que utilizan gas natural comprimido (GNC) en sus sistemas de propulsión – II. Vehículos en relación con la instalación de componentes específicos de un tipo homologado para el uso de gas natural comprimido (GNC) en sus sistemas de propulsión (DOUE L 120, 7.05.2011, p. 1) y del Reglamento n° 49 de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) – Disposiciones uniformes relativas a las medidas que deben adoptarse contra las emisiones de gases y partículas contaminantes procedentes de motores de encendido por compresión destinados a la propulsión de vehículos, y las emisiones de gases contaminantes procedentes de motores de encendido por chispa alimentados con gas natural o gas licuado de petróleo destinados a la propulsión de vehículos (DOUE L 180, 8.07.2011, p. 53).

La protección de la salud humana y animal ha originado nueva normativa y así se modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un có-

digo comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal (DOUE L 174, 1.07.2011, p. 74), se adopta un reglamento sobre la autorización y la denegación de autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos relativas al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 119, 7.05.2011, p. 4) y otro por el que se deniega la autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos, distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 115, 5.05.2011, p. 1) así como una decisión relativa a la autorización de comercialización de almidón de maíz fosfatado como nuevo ingrediente alimentario con arreglo al Reglamento (CE) n° 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 204, 9.08.2011, p. 23).

También se adoptan Reglamentos sobre la autorización y la denegación de autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos y relativas a la reducción del riesgo de enfermedad (DOUE L 182, 12.07.2011, p. 5) y sobre la denegación de autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos, distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 182, 12.07.2011, p. 8).

En materia de salud alimentaria y seguridad cabe destacar la aplicación del Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la lista de sustancias activas autorizadas (DOUE L 153, 11.06.2011, p. 1) y sus posteriores modificaciones (DOUE L 153, 11.06.2011, p. 187) y en lo que respecta a la lista de sustancias activas autorizadas a fin de tener en cuenta la Directiva 2011/58/UE por la que se modifica la Directiva 91/414/CEE del Consejo para renovar la inclusión de la sustancia activa carbendazima (DOUE L 153, 11.06.2011, p. 189). También se aplica el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos sobre datos aplicables a las sustancias activas (DOUE L 155, 11.06.2011, p. 1).

En relación con los productos fitosanitarios, se adopta normativa para aplicar el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos sobre datos aplicables a los productos fitosanitarios (DOUE L 155, 11.06.2011, p. 67) y el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los principios uniformes para la evaluación y autorización de los productos fitosanitarios (DOUE L 155, 11.06.2011, p. 127), así como el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parla-



mento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de etiquetado de los productos fitosanitarios (DOUE L 155, 11.06.2011, p. 176).

Respecto a los ingredientes alimentarios, se adoptan decisiones relativas a la autorización de comercialización del picolinato de cromo como nuevo ingrediente alimentario con arreglo al Reglamento (CE) n° 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 143, 31.05.2011, p. 36) y a la autorización de comercialización de fosfatidilserina de fosfolípidos de soja como nuevo ingrediente alimentario con arreglo al Reglamento (CE) n° 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 215, 20.08.2011, p. 20). También se modifica el Reglamento (CE) n° 333/2007 por el que se establecen los métodos de muestreo y análisis para el control oficial de los niveles de plomo, cadmio, mercurio, estaño inorgánico, 3-MCPD y benzo(a)pireno en los productos alimenticios (DOUE L 215, 20.08.2011, p. 9) y el Reglamento (CE) n° 1881/2006 por lo que respecta al contenido máximo de hidrocarburos aromáticos policíclicos en los productos alimenticios (DOUE L 215, 20.08.2011, p. 4).

En el sector de los obstáculos técnicos a los intercambios se adopta normativa relativa a los requisitos de homologación de tipo para los vehículos de motor y sus remolques en relación con la instalación de los neumáticos y por el que 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 124, 13.05.2011, p. 11). Continuando con la regulación de los vehículos de motor, se modifican el Reglamento (CE) n° 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 692/2008 en lo que respecta al acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos (DOUE L 158, 16.06.2011, p. 1), se aplica y se modifica el Reglamento (CE) n° 595/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las emisiones de los vehículos pesados (Euro VI) y por el que se modifican los anexos I y II de la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 167, 25.06.2011, p. 1) se sustituye el anexo II y modifica los anexos IV, IX y XI 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 185, 15.07.2011, p. 30), se corrige, en lo relativo a la modificación de los anexos de la Directiva 2007/46/CE, la Directiva 2010/19/UE, que modifica, para adaptarlas al progreso técnico en el ámbito de los sistemas antiproyección de determinadas categorías de vehícu-

los de motor y sus remolques, la Directiva 91/226/CEE del Consejo y la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 185, 15.07.2011, p. 76) y se modifica el anexo del Reglamento (CE) n° 631/2009, por el que se establecen las normas de desarrollo del anexo I del Reglamento (CE) n° 78/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la homologación de vehículos en lo que se refiere a la protección de los peatones y otros usuarios vulnerables de la vía pública (DOUE L 124, 13.05.2011, p. 21).

Igualmente se adopta una decisión 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, por lo que respecta a los cables de alimentación, control y comunicación (DOUE L 131, 18.05.2011, p. 22).

Se modifican los anexos I y V de la Directiva 2008/121/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las denominaciones textiles, para adaptarlos al progreso técnico (DOUE L 198, 30.07.2011, p. 30) y también modifica el anexo II de la Directiva 96/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados métodos de análisis cuantitativos de mezclas binarias de fibras textiles, para adaptarlo al progreso técnico (DOUE L 198, 30.07.2011, p. 32).

También se modifica la Decisión 2005/50/CE relativa a la armonización del espectro radioeléctrico en la banda de 24 GHz, para el uso temporal, por equipos de radar de corto alcance para automóviles, en la (DOUE L 198, 30.07.2011, p. 71) y se modifican los anexos II y III de la Directiva 76/768/CEE del Consejo, relativa a los productos cosméticos, para adaptarlos al progreso técnico (DOUE L 125, 14.05.2011, p. 17). Asimismo se modifica, con vistas a su adaptación al progreso técnico, la Directiva 98/70/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la calidad de la gasolina y el gasóleo (DOUE L 147, 2.06.2011, p. 15) y se

La seguridad de los productos, como es habitual, también es objeto de regulación, y en ese sentido se modifica el 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), en lo que respecta a su anexo XVII (cadmio) (DOUE L 134, 21.05.2011, p. 2).

También se adopta una directiva sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos (DOUE L 174, 1.07.2011, p. 88) y varias decisiones sobre los requisitos de seguridad

que deben cumplir las normas europeas para equipos fijos para entrenamiento de conformidad con la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 196, 28.07.2011, p. 16), las normas europeas sobre los equipos para gimnasia de conformidad con la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 197, 29.07.2011, p. 13) y sobre los requisitos de seguridad que deben incluir las normas europeas para tener en cuenta algunos riesgos que entrañan para los niños las celosías interiores, los productos para cubrir ventanas con cordones y los dispositivos de seguridad de acuerdo con la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 196, 28.07.2011, p. 21). Además, se modifica el Reglamento (CE) n° 460/2004, por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información, en lo que respecta a su duración (DOUE L 165, 24.06.2011, p. 3).

En los ámbitos de la contratación pública se adopta normativa por la que se establecen los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento (CE) n° 1564/2005 (DOUE L 222, 27.08.2011, p. 1).

Y en grupos de expertos, se deroga la Decisión 2003/796/CE por la que se establece el Grupo de Organismos Reguladores Europeos de la Electricidad y el Gas (DOUE L 129, 17.05.2011, p. 14) y se modifica el Reglamento (CE) n° 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia (DOUE L 145, 31.05.2011, p. 30).

#### XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

#### XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

La Política de Medio Ambiente suele ser también objeto de numerosa regulación, y así en relación con los residuos se puede señalar la modificación del Reglamento (CE) n° 1418/2007, relativo a la exportación, con fines de valorización, de determinados residuos a determinados países no miembros de la OCDE (DOUE L 180, 8.07.2011, p. 22) y del Reglamento (CE) n° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los traslados de residuos, para incluir determinadas mezclas de residuos en su anexo IIIA (DOUE L 182, 12.07.2011, p. 2).

En lo que se refiere a la regulación relacionada con la emisión de gases, se adoptan decisiones sobre la cantidad total de derechos de emisión para la Unión a que se refiere el artículo 3 sexies, apartado 3, letras a) a d), 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 173, 1.07.2011, p. 13) y sobre la determinación de las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 130, 17.05.2011, p. 1). Igualmente se adopta un reglamento por el que se determinan, de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, algunas restricciones a la utilización de créditos internacionales derivados de proyectos sobre gases industriales (DOUE L 149, 8.06.2011, p. 1).

En cuanto a las emisiones de vehículos, se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de los vehículos comerciales ligeros nuevos como parte del enfoque integrado de la Unión para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> de los vehículos ligeros (DOUE L 145, 31.05.2011, p. 1) y se establece, además un procedimiento de aprobación y certificación de tecnologías innovadoras para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> de los turismos, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 194, 26.07.2011, p. 19).

El diseño y etiquetado de productos tienen aspectos medioambientales también es objeto de regulación y así se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a los ordenadores portátiles (DOUE L 148, 7.06.2011, p. 5), a las fuentes luminosas (DOUE L 148, 7.06.2011, p. 13), al papel para copias y al papel gráfico (DOUE L 149, 8.06.2011, p. 12), a los ordenadores personales (DOUE L 151, 10.06.2011, p. 5), a los lubricantes (DOUE L 169, 29.06.2011, p. 28), a los detergentes lavavajillas a mano (DOUE L 169, 29.06.2011, p. 40), a los productos de limpieza de uso general y a los productos de limpieza de cocinas y baños (DOUE L 169, 29.06.2011, p. 52) y se adopta un reglamento delegado por el que se complementa la Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al etiquetado energético de los acondicionadores de aire (DOUE L 178, 6.07.2011, p. 1).

Se regulan aspectos de la protección de aguas y se adopta normativa de ejecución de la Directiva 2006/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en la que se establece un símbolo para informar al público de la clasificación

de las aguas de baño y de cualquier prohibición o recomendación que afecte a este (DOUE L 143, 31.05.2011, p. 38).

En cuanto a la fauna y flora silvestres, se adopta una decisión relativa a un formulario de información sobre un espacio Natura 2000 (DOUE L 198, 30.07.2011, p. 39) y un reglamento por el que se suspende la introducción en la Unión de especímenes de determinadas especies de fauna y flora silvestres (DOUE L 211, 18.08.2011, p. 11).

En el sector de las energías renovables, se adoptan decisiones sobre el reconocimiento de distintos regímenes, entre los que cabe destacar el de «Abengoa RED Bioenergy Sustainability Assurance» para demostrar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad de conformidad con las Directivas 2009/28/CE y 2009/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 75), pero también se reconocen varios más, como son, «Round Table on Responsible Biofuels EU RED» (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 73), «Biomass Biofuels Sustainability» (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 77), «International Sustainability and Carbon Certification» (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 79), «Bonsucro EU» (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 81), «Round Table on Responsible Soy EU RED» (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 83) y «Greenery Brazilian Bioethanol verification programme» (DOUE L 190, 21.07.2011, p. 85).

En lo que se refiere a la Política de Salud, se modifica la Decisión 2009/146/CE respecto a la sustitución de miembros de los Comités Científicos por miembros del Grupo de Consejeros Científicos creado mediante la Decisión 2008/721/CE (DOUE L 129, 17.05.2011, p. 15), se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 854/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano (DOUE L 196, 28.07.2011, p. 3) y por último también se modifica el Reglamento (UE) n° 142/2011, por el que 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 198, 30.07.2011, p. 3).

## XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD.

La Política de Información de la UE en los últimos años suele regular distintos aspectos sobre la elaboración de estadísticas en distintas materias. Así, se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1185/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas de plaguicidas, con respecto a las definiciones y a la lista de sustancias activas (DOUE L 180, 8.07.2011, p. 3), se adopta un reglamento relativo a las estadísticas europeas sobre el turismo y por el que se deroga la Directiva 95/57/CE del Consejo (DOUE L 192, 22.07.2011, p. 17). También se adopta otro reglamento (UE) relativo a las cuentas económicas europeas medioambientales (DOUE L 192, 22.07.2011, p. 1) y se determina la «lista Prodcom» de productos industriales correspondiente a 2011 prevista por el Reglamento (CEE) n° 3924/91 del Consejo (DOUE L 224, 30.08.2011, p. 1).

En Educación, y en correspondencia con las escasas competencias de la UE en esta materia, se adopta una recomendación del Consejo, (acto no obligatorio para los Estados miembros) relativa a las políticas para reducir el abandono escolar prematuro (DOUE C 191, 1.07.2011, p. 1).

Y en Cultura se designa, mediante una decisión, la Capital Europea de la Cultura 2015 en la República Checa, que es la ciudad de Plzeň (DOUE L 146, 1.06.2011, p. 1).

Por último, en Política de la Juventud, cabe señalar la recomendación del Consejo, Juventud en Movimiento – Promover la movilidad en la formación de los jóvenes (DOUE C 199, 7.07.2011, p. 1).

## XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

En materia de Política Científica y Tecnológica, se decide la celebración, firma en nombre de la Comunidad y la aplicación provisional, del Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica entre la Unión Europea y el Reino Hachemí de Jordania (DOUE L 159, 17.06.2011, p. 1, 107 y 108).

En Investigación y Desarrollo Tecnológico, se adopta una recomendación Comisión, de relativa a la iniciativa de programación conjunta «Una vida más larga y mejor: posibilidades y desafíos del cambio demográfico» (DOUE L

183, 13.07.2011, p. 28), y se modifica la Decisión 2004/452/CE, por la que se establece una lista de organismos cuyos investigadores pueden acceder, con fines científicos, a datos confidenciales (DOUE L 214, 19.08.2011, p. 19).

En la Política Espacial, se modifica la Acción Común 2001/555/PESC relativa a la creación de un centro de satélites de la Unión Europea (DOUE L 136, 24.05.2011, p. 62).

En el ámbito de la Propiedad Intelectual e Industrial, dentro de la protección en estas materias, en aplicación de la normativa comunitaria, se modifica el Reglamento (CE) n° 607/2009 por el que se establecen determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 479/2008 del Consejo en lo que atañe a las denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas, los términos tradicionales, el etiquetado y la presentación de determinados productos vitivinícolas (UE L 147, 2.06.2011, p. 6; DOUE L 183, 13.07.2011, p. 6), y se inscriben denominaciones de origen español en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas, así, Chorizo de Cantimpalos (IGP) (DOUE L 146, 1.06.2011, p. 11), y Aceite Campo de Calatrava (DOP) (DOUE L 170, 30.06.2011, p. 26).

## XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

## 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 que es frecuente objeto de regulación, y así se adoptan dos decisiones, una relativa al acceso público a los documentos del Banco Central Europeo (BCE/2011/6) (DOUE L 158, 16.06.2011, p. 37) y otra de la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, relativa a las normas de acceso a los documentos (DOUE C 243, 20.08.2011, p. 16). Caben destacar también las Conclusiones del Consejo, de 7 de marzo de 2011, sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020) (DOUE C 155, 25.05.2011, p. 10).

## XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

En Política Exterior y de Seguridad Común, como suele ser habitual, se

celebran varios Tratados internacionales, como los acuerdos que se enumeran a continuación, Acuerdo marco entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la participación de los Estados Unidos de América en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea (DOUE L 143, 31.05.2011, p. 1 y 2), Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Serbia por el que se crea un marco para la participación de la República de Serbia en las operaciones de la Unión Europea de gestión de crisis (DOUE L 163, 23.06.2011, p. 1 y 2) y Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Serbia sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada (DOUE L 216, 23.08.2011, p. 1 ) y 2

Los problemas de piratería en el Océano Índico siguen presentes en la agenda de la UE, y se realizan algunos nombramientos, como el del Comandante de la Operación de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta), Vicealmirante Duncan POTTS (DOUE L 158, 16.06.2011, p. 36) y el del 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 represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta), vicealmirante Thomas JUGEL (DOUE L 177, 6.07.2011, p. 26).

Por otra parte, continúa la constante colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas, en la aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad, 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 Siria (DOUE L 121, 10.05.2011, p. 1; DOUE L 121, 10.05.2011, p. 11; DOUE L 136, 24.05.2011, p. 45; DOUE L 136, 24.05.2011, p. 91; DOUE L 164, 24.06.2011, p. 1; DOUE L 164, 24.06.2011, p. 14; DOUE L 199, 2.08.2011, p. 33; DOUE L 199, 2.08.2011, p. 74; DOUE L 218, 24.08.2011, p. 1 ; DOUE L 218, 24.08.2011, p. 20), Libia (DOUE L 136, 24.05.2011, p. 24; DOUE L 136, 24.05.2011, p. 85; DOUE L 149, 8.06.2011, p. 10; DOUE L 159, 17.06.2011, p. 2; DOUE L 159, 17.06.2011, p. 5; DOUE L 159, 17.06.2011, p. 93; DOUE L 206, 11.08.2011, p. 19; DOUE L 206, 11.08.2011, p. 53), Irán (DOUE L 136, 24.05.2011, p. 26; DOUE L 136, 24.05.2011, p. 65), Costa de Marfil (DOUE L 168, 28.06.2011, p. 2; DOUE L 168, 28.06.2011, p. 11; DOUE L 183, 13.07.2011, p. 2; DOUE L 183, 13.07.2011, p. 27), Sudán y Sudán del Sur (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 20) y Birmania/Myanmar (DOUE L 212, 18.08.2011, p. 1).



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 siguen modificando e imponiendo medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, y aún ya fallecido Usamah bin Ladin, se mantienen contra determinadas personas y entidades asociadas con la red Al-Qaida (DOUE L 132, 19.05.2011, p. 6; DOUE L 159, 17.06.2011, p. 69; DOUE L 162, 22.06.2011, p. 3; DOUE L 166, 25.06.2011, p. 18; DOUE L 173, 1.07.2011, p. 1; DOUE L 198, 30.07.2011, p. 1; DOUE L 199, 2.08.2011, p. 23; DOUE L 199, 2.08.2011, p. 73; DOUE L 205, 10.08.2011, p. 1; DOUE L 219, 25.08.2011, p. 3).

En relación con esta misma materia, y cada vez que el Comité de las Naciones Unidas decide añadir nuevas personas a la lista establecida con arreglo a las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1267(1999) y 1333(2000), lista que actualizará periódicamente el Comité de las Naciones Unidas establecido en virtud de la RCSNU 1267(1999), la UE las añade también y se lo anuncia públicamente a los interesados, para garantizar los derechos de defensa de estas personas. Así se producen anuncios a la atención de Othman Ahmed Othman Al-Ghamdi, añadido a la lista mencionada en los artículos 2, 3 y 7 del Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, en virtud del Reglamento de Ejecución (UE) n° 621/2011 de la Comisión (DOUE C 199, 7.07.2011, p. 11), de Abdul Rahim Ba'aysir y Umar Patek, añadidos a la lista mencionada en los artículos 2, 3 y 7 del Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, en virtud del Reglamento de Ejecución (UE) n° 748/2011 de la Comisión (DOUE C 225, 31.07.2011, p. 44), de Emarat Kavkaz y Tehrik-e Taliban Pakistan añadidos a la lista mencionada en los artículos 2, 3 y 7 del Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con la red Al-Qaida, en virtud del Reglamento (UE) n° 796/2011 de la Comisión (DOUE C 235, 11.08.2011, p. 11). También se producen anuncios dirigidos a las personas a las que se aplican las medidas restrictivas previstas en la Decisión 2011/273/PESC del Consejo, que se aplica en virtud de la Decisión de Ejecución 2011/488/PESC, y en el Reglamento (UE) n° 442/2011 del Consejo, que se aplica en virtud del Reglamento de Ejecución (UE) n°

755/2011 del Consejo, relativo a la adopción de medidas restrictivas contra Siria (DOUE C 227, 2.08.2011, p. 3), a las personas y entidades a las que se aplican las medidas restrictivas previstas en la Decisión 2011/273/PESC del Consejo, que se aplica en virtud de la Decisión de Ejecución 2011/515/PESC, y en el Reglamento (UE) n° 442/2011 del Consejo, que se aplica en virtud del Reglamento de Ejecución (UE) n° 843/2011 del Consejo, relativo a la adopción de medidas restrictivas contra Siria (DOUE C 245, 24.08.2011, p. 2), a la entidad a la que se aplican las medidas restrictivas previstas en la Decisión 2011/137/PESC del Consejo, que se aplica mediante la Decisión de Ejecución 2011/500/PESC y en el Reglamento (UE) n° 204/2011 del Consejo, que se aplica mediante el Reglamento de Ejecución (UE) n° 804/2011 del Consejo, relativo a las medidas restrictivas habida cuenta de la situación existente en Libia (DOUE C 235, 11.08.2011, p. 3) y a las personas a las que se aplican las medidas restrictivas previstas en la Decisión 2011/486/PESC del Consejo y en el Reglamento (UE) n° 753/2011 del Consejo, relativos a medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Afganistán (DOUE C 227, 2.08.2011, p. 1).

Se siguen también adoptando y modificando las medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades, como contra el Presidente Lukashenko y determinados funcionarios de Belarús (DOUE L 136, 24.05.2011, p. 48; DOUE L 161, 21.06.2011, p. 1), contra determinados funcionarios de Belarús (DOUE L 136, 24.05.2011, p. 87; DOUE L 161, 21.06.2011, p. 25) y contra determinadas personas, grupos, empresas y entidades, habida cuenta de la situación en Afganistán (DOUE L 199, 2.08.2011, p. 1; DOUE L 199, 2.08.2011, p. 57).

Por último, en relación con la adopción de medidas restrictivas y el terrorismo, 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 derogan los Reglamentos de Ejecución (UE) n° 610/2010 y (UE) n° 83/2011 (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 2) y se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 47).

En relación con la colaboración de la UE con el Tribunal Penal se aplica 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 187, 16.07.2011, p. 12; DOUE L 187, 16.07.2011, p. 19) y se modifica por decimoquinta vez el Reglamento (CE) n°

1763/2004 del Consejo por el que se imponen determinadas medidas restrictivas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) (DOUE L 191, 22.07.2011, p. 19).

En relación con las Misiones de la UE cabe destacar el nombramiento de un político español, el Sr. Bernardino León, Representante Especial de la Unión Europea para la región del Mediterráneo Meridional (REUE) hasta el 30 de junio de 2012 (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 24) También se procede al nombramiento del Representante Especial de la Unión Europea para Kosovo y se prorroga su mandato (DOUE L 119, 7.05.2011, p. 12; DOUE L 197, 29.07.2011, p. 12), se nombra al Jefe de la Misión de Observación de la Unión Europea para Georgia, EUMM Georgia (DOUE L 175, 2.07.2011, p. 27), se nombra al Representante Especial de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 30), se nombra al Representante Especial de la Unión Europea para el Cáucaso Meridional y la crisis en Georgia (DOUE L 221, 27.08.2011, p. 5), se prorroga el mandato del Representante Especial de la Unión Europea para Asia Central (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 27), se prorroga el mandato del Jefe de la Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (DOUE L 142, 27.05.2011, p. 63) y el del Representante Especial de la Unión Europea para Afganistán (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 34). Se adopta una decisión relativa al nombramiento del Jefe de Misión de la Misión Integrada de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Iraq, EUJUST LEX-IRAQ (DOUE L 162, 22.06.2011, p. 14), y se modifica y prorroga la Decisión 2010/450/PESC por la que se nombra al Representante Especial de la Unión Europea en Sudán (DOUE L 206, 11.08.2011, p. 50).

También se modifica la Decisión 2010/279/PESC sobre la Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL Afganistán) (DOUE L 136, 24.05.2011, p. 64), se modifica y prorroga la Acción común 2005/889/PESC por la que se establece una Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EU BAM Rafah) (DOUE L 140, 27.05.2011, p. 55), 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 169, 29.06.2011, p. 27), se modifica la Decisión 2010/279/PESC sobre la Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL Afganistán) (DOUE L 195, 27.07.2011, p. 72) y se modifica y prorroga la Decisión 2010/96/PESC relativa a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas de seguridad somalíes (EUTM Somalia) (DOUE L 198, 30.07.2011, p. 37).

Se adopta una decisión de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, sobre el tratamiento de los documentos de las misiones civiles de gestión de crisis y las operaciones militares de la UE y por la que se deroga la Decisión 2008/836 (DOUE L 147, 2.06.2011, p. 20) y otra por la que se determinan el estatuto, la sede y la forma de funcionamiento de la Agencia Europea de Defensa y por la que se deroga la Acción Común 2004/551/PESC (DOUE L 183, 13.07.2011, p. 16).

En cuanto al control y reducción de armamentos, se adoptan dos decisiones, una en apoyo de las actividades de la Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas para aplicar el Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras en todos sus aspectos (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 37) y otra relativa a la posición de la Unión Europea para la Séptima Conferencia de Revisión de los Estados Partes en la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (CABT) (DOUE L 187, 16.07.2011, p. 42).

## **XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA**

Con frecuencia, 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 conclusión, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Islandia, el Reino de Noruega, la Confederación Helvética y el Principado de Liechtenstein sobre normas suplementarias en relación con el Fondo para las fronteras exteriores para el período 2007-2013 (DOUE L 137, 25.05.2011, p. 1). Se celebra igualmente un Protocolo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen (DOUE L 160, 18.06.2011, p. 1 y 3; DOUE L 160, 18.06.2011, p. 19 y 21), otro Protocolo entre la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en un Estado miembro o en Suiza (DOUE L 160, 18.06.2011, p. 37 y 39) y una decisión relativa a la aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen so-

bre el Sistema de Información de Schengen en el Principado de Liechtenstein (DOUE L 160, 18.06.2011, p. 84).

También en el ámbito de las relaciones internacionales hay que destacar la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (DOUE L 192, 22.07.2011, p. 39 y 51).

En cuanto a normativa de en relación con Europol, se modifica el Acto del Consejo de 12 de marzo de 1999 por el que se aprueban las normas del fondo de pensiones de Europol (DOUE L 179, 7.07.2011, p. 5).

En relación con el convenio de Schengen, se modifica la Red de Consulta de Schengen (Especificaciones técnicas) (DOUE L 166, 25.06.2011, p. 22) y el Manual Sirene (DOUE L 186, 15.07.2011, p. 1).

En cuanto a la regulación del asilo y los flujos migratorios, se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional (DOUE L 132, 19.05.2011, p. 1) y también se modifica el Reglamento (CE) n° 377/2004 del Consejo sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración (DOUE L 141, 27.05.2011, p 13).

En los ámbitos referidos a la justicia, hay que señalar la declaración de la República de Polonia en relación con la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas de privación de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DOUE L 146, 1.06.2011, p. 21) el reglamento por el que se modifican las listas de procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y se codifican los anexos A, B y C de dicho Reglamento (DOUE L 160, 18.06.2011, p. 52).

Finalmente, en el sector de la lucha contra la delincuencia, se adopta una decisión relativa al establecimiento del intercambio automatizado de datos respecto a los datos del ADN en Portugal, para la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza (DOUE L 195, 27.07.2011, p. 71) y otra por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos y se deroga la Decisión 2007/675/CE (DOUE L 207, 12.08.2011, p. 14).



## Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía<sup>1</sup>

**Decreto 91/2011, de 19 de abril, por el que se modifican diversos Decretos en materia de juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOJA núm. 87, de 5 de mayo).**

En el ámbito de la simplificación de trámites y de la agilización de la gestión administrativa, la Junta de Andalucía viene realizando una labor normativa intensa que se ha materializado en dos grandes líneas. Por una parte, el Decreto-Ley 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. Por otra, la Ley 3/2010, de 21 de mayo, que modifica diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de servicios en el mercado interior, que convalida el Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, mediante el que se llevó a cabo inicialmente la adaptación a la Directiva. Venimos comprobando en estas crónicas, por lo demás, la numerosa normativa sectorial que se está revisando en este último contexto normativo.

En esta línea, este Decreto modifica cuatro Decretos autonómicos en materia de juegos, apuestas y casinos, que persigue adaptar el régimen de intervención sobre el sector a la Directiva de servicios. La adaptación estaba anunciada desde la reciente reforma de la Ley del juego y apuestas de Andalucía (Decreto-Ley 3/2009 y Ley 3/2010), igualmente provocada por la transposición de la citada Directiva.

Los decretos modificados son el 229/1988, de Casinos; el 325/1988, de Rifas, Tómbolas y Combinaciones Aleatorias; el 295/1995 de Hipódromos y Apuestas Hípicas, y el 250/2005, de Máquinas Recreativas y de Azar, Salones Recreativos y de Juego y del Registro de Empresas de Juego. En líneas genera-

---

<sup>1</sup> Se comentan en esta sección, elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE, las disposiciones más relevantes aprobadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en el segundo cuatrimestre de 2011 (mayo-agosto).

les, los cambios se dirigen a agilizar trámites y flexibilizar procedimientos para la adecuación al objetivo liberalizador de la Directiva. Estas modificaciones suponen, entre otras novedades, la sustitución de autorizaciones administrativas previas (como licencias municipales) por declaraciones responsables verificables a través inspecciones posteriores; la ampliación de las posibilidades de instalación de máquinas recreativas y de azar, y la flexibilización de las condiciones técnicas de los establecimientos de apuestas hípcas externas. Asimismo, se elimina el requisito de autorización administrativa previa para las combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, siempre que la participación del público en estas actividades sea gratuita y no exista sobreprecio o tarificación adicional.

**Decreto 141/2011, de 26 de abril, de modificación y derogación de diversos decretos en materia de salud y consumo para su adaptación a la normativa dictada 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 (BOJA núm. 92, de 12 de mayo).**

Al igual que el anterior, este Decreto traspone la Directiva de servicios al ordenamiento andaluz en lo tocante, en este caso, al sector sanidad y consumo. La norma modifica los Decretos 537/2004, regulador de los derechos de los consumidores y usuarios en las actividades de distribución al por menor de combustibles y carburantes en instalaciones de venta directa; el 23/1999, del Reglamento Sanitario de Piscinas de Uso Colectivo, y el 95/2001, del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. En cuanto a las normas derogadas, se trata del Decreto 189/2001, regulador de los planes de formación de manipuladores de alimentos y del régimen de autorización de las entidades que imparten los cursos, y el Decreto 444/1996 sobre procedimiento de autorización y registro de los laboratorios de salud pública.

Lo más destacable de la reforma es la sustitución de autorizaciones administrativas previas por declaraciones responsables en las siguientes actividades: instalación de pilares informativos en instalaciones de venta directa de combustibles y carburantes; servicios locales relacionados con piscinas de uso colectivo y cementerios; cursos de formación en materia de manipulación de alimentos, y funciones de autocontrol analítico para laboratorios de salud pública en los ámbitos ambiental y alimentario.



**Ley 3/2011, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1988, de 17 de marzo, de la Cámara de Cuentas de Andalucía (BOJA núm. 88, de 6 de mayo).**

La modificación de la Ley de la Cámara de Cuentas fue consensuada en mayo de 2010 entre PSOE-A y PP-A, que atendían así el requerimiento manifestado desde el propio órgano por adaptar su norma reguladora, de 1988, a la evolución de la actividad fiscalizadora, el incremento de la especialización de sus contenidos y la conveniencia de reforzar los mecanismos de coordinación de la actividad de auditoria del sector público en Andalucía. No obstante, la reforma se centra más en cuestiones institucionales y organizativas, justificada en la reserva de Ley estatutaria (artículo 130 EAA), remitiendo esas cuestiones más sustantivas al ulterior desarrollo reglamentario, que ha de traducirse en la reforma del Reglamento de Organización y Funcionamiento. En realidad la Ley se centra en definir las funciones de un órgano de nuevo cuño, la Vicepresidencia de la Cámara, y de ajustar sus competencias con las del Consejero mayor, que pasa ahora a denominarse Presidente, y con las de los Consejeros

Por lo demás, la reforma se aprueba inmediatamente después de la última renovación de consejeros, entre ellos el Consejero Mayor, que tras dos mandatos (el último culminó en diciembre de 2008) se encontraba en situación de interinidad.

**Decreto 164/2011, de 17 de mayo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía (BOJA núm. 106, de 1 de junio).**

Se trata de otra disposición de adaptación del ordenamiento andaluz a la Directiva de servicios mediante la que se reordena, en este caso, el Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía creado en el año 2000. Este censo permanente, que facilita el control de la Administración autonómica y sirve de instrumento para sus planes de apoyo al sector, se adapta a la Directiva de servicios mediante una agilización del procedimiento de inscripción y la adecuación de su estructura a la actual diversidad de establecimientos y actividades. Como principal novedad se elimina el requisito de inscripción previa en el Registro para el inicio de la actividad, que se sustituye por un régimen de comunicación en el plazo de tres meses desde el comienzo de la actividad. Igual procedimiento de comunicación posterior se prevé en caso de cese de la actividad y baja en el registro. El Decreto también prevé la posibilidad de realizar estos trámites a través de Internet, estableciendo la gratuidad de la inscripción.

Por otro lado, las secciones del Registro se amplían de dos a seis para reflejar la realidad del sector, con la inclusión de los establecimientos mayoristas, los minoristas sin establecimiento comercial permanente, los minoristas con establecimiento comercial permanente y las grandes superficies minoristas.

**Decreto 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de las Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética en Andalucía (BOJA núm. 112, de 9 de junio).**

El Reglamento de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética aprobado pro este Decreto culmina el conjunto de iniciativas normativas que programaba el Plan Andalucía de Sostenibilidad Energética (Pasener 2007–2013) completando el grupo normativo de las energías renovables en cuya cúspide se sitúa la citada Ley 2/2007. Se trata de un sector ciertamente importante y de futuro. De acuerdo con los últimos datos comparativos a nivel nacional facilitados por el Instituto de Diversificación y Ahorro Energético, Andalucía dispone del 15,76% de la potencia total instalada renovable en el territorio español. Con un total de 4.923 mw, ocupa el tercer puesto entre las comunidades autónomas, por detrás de Castilla–La Mancha y Castilla y León. Figura en los lugares de cabeza en muchas tecnologías renovables y es líder en termosolar (331 mw) y en aprovechamiento y consumo de biomasa térmica (208,7 mw), además de ser la segunda Comunidad Autónoma en energía fotovoltaica (746,7 mwp). Por su parte, la ejecución de este Reglamento pretende conllevar en los próximos siete años un ahorro de alrededor de 388.000 toneladas equivalentes de petróleo. A tal fin, fija objetivos concretos y plazos para la implantación de sistemas constructivos eficientes y el uso de energías renovables en edificios e instalaciones industriales, la utilización de biocarburantes en el transporte, y el aprovechamiento energético del biogás que se genera en los centros de producción y gestión de residuos. Respecto al primero de estos aspectos, se pretende conseguir un ahorro energético de 77.000 toneladas equivalentes de petróleo (tep) en la edificación y de 211.000 en el sector industrial; mientras que las medidas relativas a biocarburantes se proponen la sustitución de 100.000 tep de combustibles convencionales.

La consecución de estos objetivos se acreditará a través de la nueva figura del Certificado Energético Andaluz que regula este Decreto, que será imprescindible tanto para el otorgamiento de autorizaciones y licencias como para la puesta en servicio de las instalaciones y el suministro energético. Frente al certificado informativo que exige la normativa estatal, el autonómico tendrá carácter de requisito obligatorio previo a la construcción, primera ocupación o

puesta en funcionamiento de los edificios e instalaciones, además de proporcionar a la ciudadanía una información adecuada sobre el consumo energético y la calidad en la edificación. La certificación correrá a cargo de técnicos competentes u organismos colaboradores de la Administración, dependiendo de las características concretas de cada edificación o instalación.

Para asegurar el mantenimiento en el tiempo de los niveles de eficiencia y ahorro acreditados, el Decreto regula la figura de los planes de gestión, que deberán desarrollarse en edificios de gran consumo (con una potencia térmica de instalaciones comunes superior a 70 kw) y en todas las industrias incluidas en el ámbito de la regulación.

En el caso de la edificación, los niveles de eficiencia necesarios para el certificado se calcularán siguiendo la metodología prevista en la normativa básica estatal y deberán alcanzar, como mínimo, la categoría D definida en la misma. Los requisitos se exigirán a los edificios de nueva planta, a la totalidad de los del sector público andaluz (incluidos los antiguos) y a aquellos ya existentes cuya ampliación o reforma suponga incrementar en más del 30% el consumo de energía primaria, ampliar en más de 1.000 metros cuadrados la superficie útil o renovar más del 25% de los cerramientos. Para los casos en que no sea obligatoria la certificación, se prevé el establecimiento de incentivos económicos y tributarios dirigidos a la adopción voluntaria de medidas.

En el sector industrial, los requerimientos serán aplicables en todas las instalaciones nuevas a partir de umbrales de consumo anual definidos para cada sector y fijados por defecto en las 250 tep o en su equivalencia de suministro eléctrico en alta tensión estimado de 1.250 kw. El certificado se exigirá también a los proyectos de ampliación que supongan incrementar en un 30% el consumo de energía primaria, siempre y cuando se rebasen los umbrales mínimos.

Además de las medidas de eficiencia plasmadas en el Certificado Energético Andaluz y en los planes de gestión, el Decreto establece la obligatoriedad del uso de biocarburantes en las flotas de autobuses de servicio público de transporte regular de viajeros y en los vehículos de la Junta y sus organismos autónomos. Para las flotas de autobuses se fijan unas proporciones mínimas del 15% de biocarburantes sobre el total del combustible en el horizonte del año 2012 y del 20% en 2020. En los casos de los servicios de transporte de viajeros que circulan por el interior de espacios naturales protegidos y del parque de vehículos de la Administración autonómica, estos porcentajes se amplían al 20% en el primer plazo y el 30% en el segundo.

Asimismo, el Decreto establece y regula la obligación del etiquetado de las características de los biocarburantes que se distribuyen al por menor, así como de su proporción cuando van mezclados con combustibles convencionales.

Finalmente, la norma obliga al aprovechamiento energético del biogás que se genera en instalaciones de producción y gestión de residuos, así como en vertederos cuando su potencial sea superior a los 10 millones de kwh/año.

**Ley 4/2011, de 6 de junio, 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 (BOJA núm. 118, de 17 de junio).**

Esta Ley es resultado de la tramitación parlamentaria del Decreto-Ley 7/2010, de 28 de diciembre, de cuyo contenido concreto ya rendimos cuentas en una crónica anterior. Se recordará que se trataba de una norma coyuntural, nacida directamente del afán por establecer medidas normativas de contención de la crisis económica.

Reordenando las previsiones de aquel Decreto-Ley, la Ley contempla una serie de medidas que podrían agruparse en dos bloques. Por 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, tanto por cuenta ajena como con carácter de autónomo.

Respecto al primer bloque, la Ley prima aquellos proyectos de inversión que, cumpliendo los objetivos de sostenibilidad económica, social y medioambiental, puedan ser declarados de interés estratégico por su capacidad de generar riqueza, innovación y empleo. A tal fin se regula el procedimiento para la declaración del proyecto de inversión empresarial de interés estratégico para Andalucía. Los efectos de esta declaración serán que dichos proyectos tendrán 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 la inversión. Las inversiones empresariales podrán ser declaradas de interés estratégico por la Comisión Delegada para Asuntos Económicos, órgano al que se le atribuye en esta Ley la competen-

cia para aprobar dichas declaraciones, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 281/2010, de 4 de mayo, por el que se regula la composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno andaluz.

Respecto del segundo bloque, la Ley incluye 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, en el ya conocido marco de transposición de la Directiva de servicios.

**Decreto 219/2011, de 28 de junio, por el que se aprueba el Plan para el Fomento de la Cultura Emprendedora en el Sistema Educativo Público de Andalucía (BOJA núm. 137, de 14 de julio).**

El Plan para el Fomento de la Cultura Emprendedora en el Sistema Educativo, auspiciado por el VII Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, prevé destinar a partir del curso 2011–2012 492 millones de euros a promover la capacitación del alumnado andaluz en el desarrollo de proyectos empresariales y de mejora de las posibilidades de empleo en todos los niveles de la educación: Primaria, Secundaria Obligatoria, Bachillerato, Formación Profesional, Formación para el Empleo y Enseñanzas Universitarias.

El Plan establece 154 medidas para fomentar los valores y capacidades favorables a la cultura emprendedora, tanto en el aprendizaje del alumnado como en la labor del profesorado. Estas acciones, que se pondrán en marcha, se reparten entre los niveles educativos no universitarios (59), universitarios (50) y de la formación para el empleo (45). Sus principales ejes serán la formación del profesorado, la cooperación empresa–escuela y la creación y adaptación de contenidos y materiales.

Entre las medidas previstas destacan la oferta de asignaturas para el fomento del emprendimiento y de talleres teórico–prácticos sobre creación de negocios; la elaboración de los correspondientes materiales educativos; el diseño de simuladores empresariales virtuales, y el impulso a las actuales cátedras de emprendimiento y de empresas innovadoras y creativas con la promoción de nuevos patrocinios. Asimismo, se pondrán en marcha programas como ‘Conociendo a nuestras empresas’ (organización de visitas a centros productivos); ‘Financia mi idea’ (plataforma de proyectos innovadores financiada con microaportaciones desde el entorno), ‘Universidad Emprende e Innova’, y ‘Fomento de Vocaciones Empresariales’. A ellos se suman iniciativas como ‘Emprendemos en familia’ y ‘Mi municipio emprende’, que fomentarán la implicación del entorno familiar y de los entes locales en pequeños proyectos em-

prendedores promovidos desde los centros educativos. Otra medida destacada será la creación de unidades emprendedoras y viveros de empresas en los Centros Integrados de Formación Profesional, que ofertan de forma unificada unificada de las enseñanzas de FP Inicial y FP para el Empleo, con una especialización en sectores productivos concretos.

**Decreto 228/2011, de 5 de julio, por el que se regula el Registro de Operadores Comerciales de Frutas y Hortalizas Frescas de Andalucía y el control de conformidad con las normas de comercialización aplicables (BOJA núm. 141, de 20 de julio).**

Las frutas y hortalizas constituyen uno de los principales capítulos tanto de la producción final agraria andaluza como de la industria agroalimentaria y del potencial exportador de la comunidad. La producción anual alcanza las 6,9 millones de toneladas, de las que 5,27 corresponden a hortalizas, 1,23 a cítricos y 392.000 toneladas a frutales no cítricos. Andalucía suma el 34% del total nacional y casi el 7% del comunitario. El valor de estas producciones alcanzó el pasado año los 4.308 millones de euros, lo que supone el 42% de la rama agraria (2.764 millones las hortalizas y 1.543 de las frutas). Las ventas al exterior alcanzaron el pasado año los 2.967 millones de euros (1.837 las hortalizas y 1.130 las frutas), lo que supone casi la mitad del total de exportaciones agroalimentarias andaluzas.

El Registro de Operadores Comerciales de frutas y hortalizas frescas de Andalucía se creó mediante el Decreto 460/1994, de 29 de noviembre, que además estableció las normas de inspección y control para la comercialización de las mismas. El artículo 2 del citado Decreto establecía como requisito previo obligatorio para el ejercicio de la actividad de operador comercial de frutas y hortalizas frescas la inscripción en el citado Registro. El referido Decreto 460/1994 se dictó al amparo del Reglamento 2251/1992, de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 29 de julio de 1992, que establecía los controles de calidad a los que quedaban sometidas las frutas y hortalizas frescas en todo el territorio de la Unión Europea desde el día 1 de enero de 1993, fecha de entrada en vigor del mercado común.

Posteriormente, el Decreto 335/2003, de 2 de diciembre, reguló el Registro de Operadores Comerciales de frutas y hortalizas frescas y el control de conformidad, según el Reglamento (CE) núm. 1148/2001, de la Comisión de 12 de junio, sobre controles de conformidad con las normas de comercialización aplicables a las frutas y hortalizas frescas, que reguló el procedimiento de inscripción en el Registro de Operadores Comerciales de frutas y hortalizas

frescas de Andalucía, y derogó el Decreto 460/1994, pero mantuvo la inscripción en el Registro como requisito previo obligatorio para el ejercicio de la actividad de operador comercial de frutas y hortalizas frescas en Andalucía. Con el Decreto 228/2011, de 5 de julio, la inscripción en el Registro deja de ser un requisito previo para el inicio de la actividad.

Según explica el citado Decreto en su Exposición de Motivos, la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que la incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, fijan como uno de sus objetivos el establecimiento de las disposiciones necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, evitando la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que no resulten justificados o proporcionados. Asimismo, establece como excepcionales los supuestos en que se prevea un régimen de autorización para el acceso a una actividad de servicios o al ejercicio de la misma. Acogiéndose a esta excepción, el Reglamento (CE) núm. 1580/2007, de la Comisión, de 21 de diciembre de 2007, por el que se establecen disposiciones de aplicación de determinados Reglamentos de la Unión Europea en los sectores de las frutas y hortalizas y de las frutas y hortalizas transformadas, estableció que los agentes económicos de ese sector estaban obligados a proporcionar los datos que los Estados Miembros consideren necesarios para la creación y actualización de la base de datos.

Por tanto, la obligatoriedad para los operadores comerciales que ejerzan su actividad en Andalucía de facilitar datos al Registro de Operadores Comerciales de Frutas y Hortalizas Frescas de Andalucía viene impuesta por la propia normativa comunitaria, en concreto por el artículo 10.6 del Reglamento de Ejecución (UE) núm. 543/2011, de la Comisión, de 7 de junio de 2011, que dispone que los agentes económicos estarán obligados a proporcionar los datos que los Estados miembros consideren necesarios para la creación y actualización de la base de datos. Los Estados miembros determinarán las condiciones en las que deberán figurar en su base de datos los agentes económicos que, sin estar establecidos en su territorio, ejercen actividades comerciales en él.

Asimismo, el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 543/2011, de la Comisión, de 7 de junio de 2011, regula las normas relativas a los controles de conformidad, es decir, los controles efectuados a las frutas y hortalizas frescas en todas las fases de comercialización, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo II del título II del citado Reglamento, para verificar que se ajustan a las normas de comercialización y a otras disposiciones del citado título II y de los ar-

títulos 113 y 113.bis del Reglamento (CE) núm. 1234/2007, del Consejo, de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas (Reglamento único para las OCM).

El Reglamento (CE) núm. 1234/2007, del Consejo, de 22 de octubre de 2007, dispone que los controles de conformidad deben efectuarse sobre la base de un análisis de riesgos y con la frecuencia adecuada, con el fin de asegurar el cumplimiento de las normas de comercialización.

Por otra parte, el artículo 12 del Reglamento UE núm. 543/2011, de la Comisión, de 7 de junio de 2011, establece la posibilidad de que aquellos agentes económicos clasificados en la categoría de riesgo más baja, y que ofrezcan garantías especiales en cuanto a la conformidad con las normas de comercialización, puedan obtener la autorización para la utilización de un distintivo o adhesivo.

Por tanto, y aunque la Directiva 2006/123/CE y la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, prevén el sistema autorizador como excepcional, la autorización para la utilización del adhesivo encuentra su justificación en la normativa comunitaria, dado que el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 543/2011, de la Comisión, de 7 de junio de 2011, da cobertura legal para someter a autorización previa la utilización del distintivo o adhesivo.

En este contexto normativo, el Decreto 228/2011 tiene como objeto la adaptación de la normativa autonómica a la comunitaria, en materia de inspección y control de la comercialización de las frutas y hortalizas frescas, y el establecimiento de la estructura y el procedimiento de inscripción en el Registro de Operadores Comerciales de Frutas y Hortalizas Frescas de Andalucía.

El Decreto regula la aplicación de las normas de calidad a las frutas y hortalizas frescas en los lugares de comercialización en origen, es decir, en los tramos desde el productor hasta los mercados mayoristas y centrales de distribución inclusive. Asimismo, y para dar cumplimiento al principio de simplificación de los procedimientos, el Decreto prevé que, tanto el procedimiento de inscripción en el Registro, como el previsto para solicitar la autorización para el uso del adhesivo, pueda desarrollarse por vía telemática, para un mejor acceso de las personas administradas a los citados procedimientos.

La finalidad es controlar todo el recorrido comercial de la mercancía en sus distintas fases (trazabilidad) salvo el punto de venta final (regulado por la normativa en materia de consumo).



Una de las principales novedades respecto del Decreto de 2003 es el establecimiento de los criterios para la realización de un análisis de riesgo previo a la clasificación de los operadores según su nivel de garantías. Este análisis determinará la frecuencia e intensidad de los controles que realizan los técnicos de la Consejería de Agricultura en todas las fases de comercialización, basados tanto en las inspecciones como en la documentación aportada por los propios operadores que manejan frutas y hortalizas frescas. De acuerdo con la clasificación resultante, las inspecciones serán menores en el caso de los operadores que cuenten con sistemas de autocontrol o calidad diferenciada, se encuadren en la categoría de riesgos más baja y ofrezcan mayores garantías. Sus productos seguirán siendo identificados con el distintivo adhesivo que acredita la calidad y la trazabilidad en la comercialización, del que actualmente se benefician 227 operadores.

**Decreto 227/2011 de 5 de julio, por el que se regula el depósito, el registro y la supervisión de los libros de texto, así como el procedimiento de selección de los mismos por los centros docentes públicos de Andalucía (BOJA núm. 142, de 21 de julio).**

El artículo 21.5 del Estatuto de Autonomía de Andalucía garantiza la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos. Por su parte, la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, en su artículo 49.3 establece que la Administración educativa adecuará el principio de gratuidad a la disponibilidad de nuevos soportes del conocimiento en la sociedad de la información

En orden al cumplimiento de estas previsiones, este Decreto actualiza la normativa en materia de libros de texto al desarrollo producido en los centros docentes andaluces en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, al desarrollo de Internet como proveedor de contenidos y como vía de comunicación en la actividad docente, así como a la adaptación de las empresas editoras a estos cambios, editando materiales curriculares en soportes tecnológicamente avanzados.

De acuerdo con el Decreto, las ediciones electrónicas no deberán contener elementos que precisen de licencias de terceros para su uso o acceso a los contenidos. Además, deberán adaptarse al *software* y equipamiento de los centros educativos para garantizar su compatibilidad y, en el caso de que se trate de material distribuido a través de Internet, tener contenido de apoyo en soporte físico o descargable en el ordenador personal del alumno.

Otra novedad es la posibilidad de realizar de forma telemática los trámites de inscripción, renovación o modificación del material en el Registro de Libros de Texto. En el caso de la edición impresa, la solicitud se acompañará de un ejemplar que quedará en depósito en la sede de la Consejería de Educación. La inscripción tendrá una vigencia de cuatro años, periodo en el que los libros impresos no podrán ser modificados. Además, mientras esté en vigor la selección realizada por cada centro, las editoriales deberán garantizar la disponibilidad de ejemplares en el mercado. En el caso de las ediciones digitales, estas empresas tendrán que comunicar a la Administración educativa las modificaciones que se produzcan en sus contenidos.

Respecto al procedimiento de selección, en aplicación de los nuevos reglamentos de organización de los centros educativos públicos que han entrado en vigor este curso, corresponderá al Consejo Escolar la aprobación de los libros de texto a propuesta de los órganos de coordinación didáctica, reforzando de este modo el papel del profesorado. Los libros de texto seleccionados deberán estar en coherencia con los aspectos técnicos-pedagógicos recogidos en el proyecto educativo del centro así como adaptarse a las edades del alumnado y a los contenidos aprobados por la Administración educativa andaluza.

A partir del curso 2008/2009 el programa de gratuidad de libros de texto se extendió a todo el alumnado de educación obligatoria. La inversión realizada ha sido de más de 340 millones de euros y el alumnado atendido durante todos los cursos en los que el programa ha estado funcionando ha sido más de 3.400.000. El Programa de Gratuidad de los Libros de Texto está cofinanciado mediante Convenio anual entre el Ministerio de Educación y la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**Decreto 246/2011, de 19 de julio, por el que se modifica el Decreto 92/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la identificación y los registros de determinados animales de compañía en la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Decreto 42/2008, de 12 de febrero, por el que se regula la tenencia de animales potencialmente peligrosos en la Comunidad Autónoma de Andalucía, para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y se modifica el régimen sancionador del Decreto 42/2008, de 12 de febrero (BOJA núm. 150, de 2 de agosto).**

Se trata de otra de las adaptaciones de la normativa sectorial andaluza a la Directiva de servicios en el mercado interior; en esta ocasión referida al ám-

bito de los animales domésticos. En esta ocasión se modifican cuatro Decretos relativos a espectáculos públicos e identificación de animales de compañía.

El principal cambio introducido, salvo en el Decreto de espectáculos públicos y actividades recreativas ocasionales y extraordinarias, es la sustitución de la petición de licencia previa ante los Ayuntamientos por una declaración responsable en la que el promotor garantiza el cumplimiento de todos los requisitos para poner en marcha su negocio, extremo que el consistorio ha de comprobar una vez iniciada la actividad. La medida se aplica a los espectáculos públicos permanentes o de temporada y, en el ámbito de los animales de compañía, a los centros de cría, venta y adiestramiento. En este caso, los veterinarios identificadores ya no tendrán que recibir una autorización previa de sus colegios profesionales, sustituyéndose de igual modo por una declaración responsable ante los mismos. Además, se permite la libre prestación de servicios de aquellos profesionales acreditados en cualquier Estado europeo.

Por otra parte, se elimina el informe preceptivo de control de legalidad que debía emitir la Administración autonómica en el caso de que un establecimiento público pretendiera imponer condiciones específicas de admisión para limitar el acceso.

Finalmente, respecto al decreto de espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter ocasional y extraordinario, se adapta la normativa autonómica a la reforma de la legislación estatal sobre el visado colegial obligatorio, que se suprime para la instalación de estructuras desmontables, como las plazas de toros portátiles.

**Decreto 247/2011, de 19 de julio, por el que se modifican diversos Decretos en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOJA núm. 150, de 2 de agosto).**

En el contexto de la trasposición de la Directiva de servicios, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, modificó –entre otras muchas leyes– la LBRL dando una nueva redacción del artículo 84, que previó junto a las licencias y otros actos de control preventivo, la comunicación previa o la declaración responsable como mecanismo ordinario de intervención en el ámbito local. Posteriormente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, modificó de nuevo la LBRL incorporando dos nuevos artículos 84 *bis* y 84 *ter*, que esta-

blecen el principio general de no sometimiento del ejercicio de actividades a la obtención de licencia u otros medios de control preventivo.

La modificación de la LBRL, unida a la trasposición de la Directiva de servicios en el ámbito autonómico implica la revisión y actualización de la normativa reglamentaria reguladora de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, como ya han hecho otras normas andaluzas antes comentadas. Este nuevo Decreto 247/2011 hace lo propio con el Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Andalucía, con el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por el Decreto 10/2003, de 28 de enero (modificado por el Decreto 258/2007, de 9 de octubre), y, por último, con el Decreto 195/2007, de 26 de junio, por el que se establecen las condiciones generales para la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter ocasional y extraordinario, sin perjuicio del mantenimiento de aquellos regímenes de autorización previa, justificados por razones de interés general, que resultan necesarios, proporcionales y no discriminatorios y se encuentran amparados por una norma con rango legal.

**Decreto 239/2011, de 12 de julio, por el que se regula la calidad del medio ambiente atmosférico y se crea el Registro de Sistemas de Evaluación de la Calidad del Aire en Andalucía (BOJA núm. 152, de 4 de agosto).**

La norma regulará por primera vez en Andalucía la calidad del medio ambiente atmosférico, las obligaciones de información de la Administración al respecto y el régimen de la planificación de la calidad del aire, centrada sobre todo en la industria, y los Ayuntamientos, principalmente las relativas a medios de transporte y movilidad sostenible.

El Decreto prevé que los planes de calidad atmosférica, tanto de competencia autonómica como local, sean de dos tipos. Los primeros, denominados planes de mejora, se destinan a zonas en las que los niveles de uno o más contaminantes superan los valores límite. Los segundos, de acción a corto plazo, se aplicarán en áreas y supuestos con riesgos de que se produzca esta superación. Tanto unos como otros deberán ser obligatoriamente tenidos en cuenta en la planificación urbanística.

Respecto a la regulación de los olores, el Decreto faculta a la Consejería de Medio Ambiente para requerir a los titulares de actividades potencialmen-

te contaminantes, tanto con carácter previo como con posterioridad a su inicio, la realización de estudios sobre el impacto en el entorno y la adopción en su caso de las medidas correctoras adecuadas. Estas exigencias afectarán sobre todo a instalaciones ganaderas, plantas de gestión de residuos e industrias químicas.

Para todos los contaminantes atmosféricos, el Decreto actualiza la autorización de emisiones prevista en la Ley de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía, de tal modo que en cada permiso se fijen los valores límites según la calidad ambiental del entorno y las mejores técnicas disponibles. La aplicación de estos dos criterios a cada situación concreta puede implicar que los límites sean más restrictivos que los establecidos en la legislación con carácter general. El Decreto incluye una tabla de valores que sirven de referencia a las autorizaciones.

En el caso de las actividades, instalaciones e industrias de mayor potencial contaminante, la norma establece medidas de carácter preventivo adicionales a las que se exigen en las autorizaciones. Estas cautelas, fundamentalmente referidas a proporcionar información, facilitar inspecciones y llevar a cabo acciones de urgencia, se dirigen a evitar emisiones accidentales que supongan riesgos para la salud y la seguridad de las personas o daños a los bienes y al medio ambiente.

En cuanto a las obligaciones relativas a la información a la población, el Decreto exige a la Administración autonómica y a los Ayuntamientos de municipios de más de 100.000 habitantes la difusión a la población de datos relevantes cuando superen los valores de referencia y los umbrales de alerta en las concentraciones de contaminantes en la atmósfera. Entre otras informaciones, han de aportarse las relativas al tipo de umbral superado; zona, hora de inicio y duración de la superación; previsiones sobre zonas expuestas y cambios previstos en la contaminación (mejora, estabilización o empeoramiento); tipo de población afectada y grupos de riesgo; posibles efectos sobre la salud; descripción de síntomas probables, y recomendaciones.

Con el fin de garantizar la fiabilidad de los sistemas de control que hacen posible esta información, la norma establece los requisitos técnicos imprescindibles que debe cumplir la Red de Vigilancia y Control de la Calidad del Aire de Andalucía. Este operativo, coordinado por la Consejería de Medio Ambiente, cuenta actualmente con 90 estaciones de medición de la calidad del aire distribuidas por todo el territorio regional y 101 que controlan en continuo las emisiones de los principales focos contaminantes de las industrias andalu-

zas. La red se completa con un laboratorio, cinco unidades móviles, captadores difusivos y un sistema de simulación que pronostica la evolución de la calidad del aire para informar a la población con la suficiente antelación.

Por último, dentro de las tareas de vigilancia y de acuerdo con el reparto competencial que recoge el decreto, se establece un nuevo modelo de control de emisiones contaminantes con varios niveles en función del impacto ambiental. El régimen se gradúa en: inspecciones de la Consejería de Medio Ambiente y de los Ayuntamientos, el control por entidades colaboradoras y el autocontrol por las propias instalaciones.

**Decreto 238/2011, de 12 de julio, por el que se establece la ordenación y gestión de Sierra Nevada (BOJA núm. 155, de 9 de agosto).**

El macizo de Sierra Nevada, enclavado en la parte central de la Cordillera Bética, constituye el territorio con mayor biodiversidad y presencia de especies endémicas de la flora en España. Sus ecosistemas de alta montaña, bosques caducifolios y matorrales mediterráneos acogen alrededor de 2.200 especies de plantas, 80 de ellas exclusivas. Con más de veinte cumbres por encima de los 3.000 metros, Sierra Nevada incluye también el pico más alto de la Península Ibérica, el Mulhacén (3.479 metros). El espacio abarca en su conjunto una extensión de 172.318 hectáreas (85.883 el Parque nacional y 86.435 el natural) distribuidas entre 37 municipios de la provincia de Granada y 23 de Almería. Sierra Nevada fue declarada Reserva de la Biosfera por la Unesco en 1986. Tres años después, el Gobierno andaluz protegió el territorio como Parque natural y en 1999 sus zonas de mayor valor ecológico, en torno al núcleo de las altas cumbres, se incorporaron a la Red de Parques Nacionales.

El Decreto de planificación del Espacio Natural de Sierra Nevada establece las bases de la ordenación de este territorio de más de 172.000 hectáreas estableciendo los nuevos Planes de ordenación de los recursos naturales y de uso y gestión de ambas zonas, del Parque nacional y del natural, adaptándolos al nuevo modelo organizativo unitario iniciado en 2007 con el traspaso del Parque Nacional a la Comunidad Autónoma andaluza.

El Plan de ordenación de los recursos naturales, de vigencia indefinida, distribuye y asigna los distintos usos y aprovechamientos de acuerdo con la capacidad de los ecosistemas, a través de cuatro niveles de protección en cada uno de los dos parques que componen el Espacio Natural de Sierra Nevada.

En el Parque nacional, las áreas de máxima protección, denominadas zo-

nas de reserva, ocupan un 0,35% de su superficie total (303 hectáreas) y se extienden fundamentalmente por el barranco de los Alisos, el valle del río Dúrcal, el robledal de la Dehesa del Camarate, el barranco del Espinar y las lagunas de alta montaña, entre otros enclaves. Las zonas de uso restringido ocupan el 76,08% del parque (65.339 hectáreas) y están constituidas por las áreas de alta montaña con elevado grado de naturalidad que sólo pueden soportar una utilización limitada. Como zonas de uso moderado se consideran aquellas que admiten un mayor grado de humanización y capacidad para admitir aprovechamientos. En esta categoría, que representa el 23,51% de la superficie (20.193 hectáreas), se incluyen terrenos agrícolas, pinares de repoblación, refugios, áreas recreativas, miradores y jardines botánicos. Por último, las zonas de uso especial, con un 0,06% de la superficie (48 hectáreas), incluye infraestructuras como las ubicadas en el Puerto de La Ragua, el embalse de Yeguas y el antiguo vivero del Posterillo, además de carreteras públicas, albergues y refugios.

Por lo que respecta al Parque natural, las zonas de reserva o máxima protección suman 309 hectáreas (0,36% de la superficie) y entre ellas destacan los humedales de origen endorreico y las turberas de Padul, de gran interés tanto por acoger numerosas especies de aves como por su condición de enclave privilegiado para entender los cambios climáticos en el sur de la Península Ibérica. Con un menor nivel de exigencia medioambiental, las zonas de regulación especial incluyen los terrenos arbolados, arbustivo y de pastizales, donde se permiten aprovechamientos forestales, ganaderos, cinegéticos, apícolas y de uso público, educación ambiental e investigación. Estos territorios abarcan 14.696 hectáreas, lo que supone más de la mitad de la extensión del parque natural (55,06%). Por su parte, las denominadas zonas de regulación común representan el 44,02% de la superficie (38.017 hectáreas) y se localizan fundamentalmente en terrenos agrícolas, agrupaciones de viviendas de cierta entidad y áreas donde se practica el esquí alpino. La zonificación del Parque natural se completa con las áreas excluidas de exigencias medioambientales, constituidas por suelos urbanos y urbanizables cuyo desarrollo se considera posible siempre que no afecte a los hábitats naturales y a las especies protegidas de Sierra Nevada. Estos enclaves, entre los que figura la urbanización de Pradollano, representan el 0,56% del territorio del parque (480 hectáreas).

Los otros documentos que incorpora el Decreto son los respectivos Planes Rectores de uso y gestión (PRUG), que establecen con detalle las condiciones del desarrollo de las actividades compatibles y determinan las líneas estratégicas de actuación pública en el plazo de los próximos ocho años.

En líneas generales, y en relación con el espacio en su conjunto, los PRUG recogen programas de restauración paisajística de las altas cumbres, recuperación de la flora en peligro crítico, mejora de las poblaciones de cabra montés, diversificación de las masas forestales de repoblación, regulación de la ganadería extensiva tradicional y conservación de la red de acequias tradicionales. Asimismo, destacan las previsiones para la ordenación de zonas de gran afluencia de visitantes, como la Alpujarra Occidental, el Alto Andarax o la Hoya de la Mora, mientras que en investigación se otorgará prioridad a reforzar los estudios que durante los últimos años se vienen realizando sobre los efectos del cambio climático.

**Decreto 263/2011, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales (BOJA núm. 158, de 12 de agosto).**

El Consejo Andaluz de Gobiernos Locales está previsto en la Ley de Autonomía Local de Andalucía como un órgano representativo con funciones consultivas en la materia local. A diferencia del Consejo Andaluz de Concertación Local, órgano mixto de interlocución con el que convivirá, el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales está integrado únicamente por representantes de las entidades locales. Sus 15 miembros serán todos propuestos por la Federación Andaluza de Municipios y Provincias y, de ellos, diez coincidirán con la totalidad de la representación municipal en el Consejo Andaluz de Concertación Local.

Los informes y pronunciamientos del nuevo organismo no serán vinculantes, aunque la Administración autonómica estará obligada a argumentar de forma expresa y detallada las posibles observaciones o reparos a los mismos. Para la elaboración de sus dictámenes, el Consejo dispondrá de un plazo de 20 días que podrá reducirse a 15 si la tramitación se declara de urgencia. La Consejería de Gobernación y Justicia será el Departamento encargado de canalizar tanto las peticiones de consulta como la recepción de los pronunciamientos.

**Decreto 264/2011, de 2 de agosto, por el que se crean y regulan la figura de Lugar de Memoria Histórica de Andalucía y el Catálogo de Lugares de Memoria Histórica de Andalucía (BOJA núm. 158, de 12 de agosto).**

Los Lugares de Memoria Histórica de Andalucía que crea este Decreto, se definen como aquellos enclaves vinculados a hechos o acontecimientos singu-



lares ocurridos durante la Guerra Civil española y la Dictadura franquista. Su identificación pretende servir como referencia histórica y recordatorio de los sucesos que tuvieron lugar en ellos y también como homenaje a las víctimas.

De acuerdo con este Decreto, el inicio del procedimiento de declaración es competencia del Comisariado para la Recuperación de la Memoria Histórica, dependiente de la Consejería de Gobernación y Justicia. Un grupo de siete expertos estudiará la propuesta y emitirá un informe de carácter vinculante basado en motivos históricos y científicos. De ellos, tres serán nombrados a propuesta del Comisariado para la Recuperación de la Memoria Histórica; dos por sugerencia de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, y otros dos por el Consejo Andaluz de Universidades.

En caso de que sea favorable, el informe se remitirá a la Comisión Interdepartamental para el reconocimiento de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo, que también deberá pronunciarse. Este órgano, de coordinación entre los diferentes departamentos de la Administración autonómica, también podrá proponer la protección del lugar con alguna de las figuras recogidas en la Ley del Patrimonio Histórico de Andalucía. Finalmente, el Consejo de Gobierno aprobará la declaración.

La consideración de un emplazamiento como Lugar de Memoria Histórica obligará a la Administración pública titular del mismo a garantizar su identificación, señalización, preservación y, en el caso de que el lugar experimente alguna transformación de importancia, a mantener una huella o registro permanente que sirva para recordar los hechos relacionados con el sitio. Cuando la propiedad sea privada, la Junta fomentará la firma de acuerdos con las personas y entidades titulares para alcanzar los mismos fines.

Los Lugares de Memoria Histórica se inscribirán en un catálogo específico de carácter público que contendrá la documentación de cada emplazamiento y la adicional que se pueda generar y será de utilidad para estudios e investigaciones. El Comisariado será el encargado de mantener y difundir este registro.



## Otras disposiciones de interés para la Comunidad Autónoma

### **Decreto 154/2011, de 10 de mayo, por el que se regula el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres (Boletín número 99 de 23/05/2011).**

El presente Decreto se dicta con la finalidad de promover el movimiento asociativo actual de las mujeres andaluzas y con el objetivo de canalizar sus reivindicaciones, intereses y aportaciones promoviendo su participación en las políticas de igualdad de género de la Administración de la Junta de Andalucía. Trae causa del artículo 4.9 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, que proclama como uno de los principios generales que ha de regir la actuación de los poderes públicos andaluces. El 62 de la mencionada Ley crea el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, como órgano de participación de las organizaciones de mujeres en las políticas de igualdad de género de la Junta de Andalucía y otorga, en su Disposición adicional única, al Instituto Andaluz de la Mujer, la facultad de ser el órgano encargado de la coordinación de las políticas de igualdad.

### **Acuerdo de 7 de junio de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Medio Ambiente de Andalucía Horizonte 2017 (Boletín número 113 de 10/06/2011).**

El Plan de Medio Ambiente constituye la fórmula permanente de planificación de toda la política medioambiental de la Junta de Andalucía. El primer Plan de Medio Ambiente, vigente para el período 1997-2002, fue aprobado por Consejo de Gobierno el 5 de diciembre de 1997 y remitido posteriormente al Parlamento de Andalucía para su revisión y debate, emitiendo su opinión favorable en sesión de 23 de junio de 1999.

Finalizado el período establecido en el primer Plan, con el objetivo de contemplar las orientaciones y directrices que emanaban de los principales ámbitos de reflexión y decisión en la política ambiental, tanto a nivel internacional como de la Unión Europea y de la propia Comunidad Autónoma de Andalucía, así como para incorporar las demandas ciudadanas que se habían planteado desde su aprobación, la Consejería de Medio Ambiente elaboró el Plan de Medio Ambiente de Andalucía 2004-2010, que fue aprobado por Acuerdo de

Consejo de Gobierno del día 14 de septiembre de 2004 e informado favorablemente por el Parlamento de Andalucía mediante Resolución del Pleno en la sesión celebrada los días 9 y 10 de diciembre de 2004.

Es necesario, pues, ahora abordar la nueva planificación medioambiental para el horizonte temporal del año 2017 que, como las anteriores, debe realizarse mediante un proceso exhaustivo de estudio y examen de la situación ambiental, así como de evaluación del Plan hasta ahora vigente, estableciendo así las bases informativas para un debate entre los agentes implicados e interesados, representados en el Consejo Andaluz de Medio Ambiente, y del Comité de Acciones Integradas para el Desarrollo Sostenible. Para ello, habrá que tener en cuenta las nuevas circunstancias físicas y socioeconómicas que caracterizan en este momento el territorio andaluz, así como los efectos y experiencias puestas de manifiesto a lo largo de la vigencia y desarrollo del Plan de Medio Ambiente de Andalucía 2004-2010 para, con esta referencia, poder orientar en el buen camino las propuestas de actuación que hagan materializables los resultados esperados.

**Orden de 8 de junio de 2011, por la que se regulan las bolsas de trabajo del personal funcionario interino y se establecen las bases reguladoras de dicho personal (Boletín número 117 de 16/06/2011).**

El Decreto 302/2010, de 1 de junio, regula las bolsas de trabajo que se constituirán para la contratación de profesores interinos cada una de las especialidades de los cuerpos docentes.

Además, el artículo 23 del citado Decreto 302/2010, de 1 de junio, dispone que por Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de educación se establecerán las bases aplicables al profesorado interino que conforma las bolsas de trabajo de las distintas especialidades de los cuerpos docentes, indicando a continuación que en dicha regulación figurarán, entre otros extremos, el carácter de la ocupación del puesto, en vacante o sustitución; el nombramiento, toma de posesión, registro y cese; las causas que pueden impedir la incorporación a la actividad docente así como los motivos de exclusión de las bolsas.

**Acuerdo de 14 de junio de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se crea un grupo de personas expertas para el asesoramiento en el modelo de Gestión del Guadalquivir en Andalucía. (Boletín número 118 de 17/06/2011).**

Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 2011, la

Administración General del Estado y la Administración de la Junta de Andalucía formalizaron un Convenio, por el cual se encomendó por la primera a esta última la gestión en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos, correspondientes a las aguas de la cuenca hidrográfica del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Con dicha encomienda se dio solución y se arbitraron con carácter inmediato las medidas de alcance temporal y provisional que debían garantizar la continuidad y normalidad en la prestación de los servicios públicos hidráulicos, por el tiempo que requería el proceso de adecuación de la gestión de la cuenca hidrográfica del Guadalquivir al ordenamiento jurídico, como consecuencia de la citada sentencia del Tribunal Constitucional.

Es necesario contar con un grupo de personas expertas que presten su asesoramiento al Consejo de Gobierno para establecer el modelo idóneo de gestión de las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por Andalucía y no afecten a otra Comunidad Autónoma, con las limitaciones que el actual marco constitucional y legal de competencias establece.

**Orden de 12 de julio de 2011, por la que se regula la inspección comercial de la Junta de Andalucía y los planes de inspección (Boletín número 149 de 01/08/2011).**

En las últimas décadas, el crecimiento económico andaluz que se venía experimentando ha provocado la puesta en marcha de una gran cantidad de establecimientos comerciales en e la Comunidad Autónoma, tanto de carácter individual como colectivo. En este contexto, la experiencia administrativa en materia de comercio interior revela que a la hora de valorar el cumplimiento de la normativa comercial, cada vez son más numerosas las ocasiones en las que al poner en marcha la actividad comercial se desconocen ciertos requisitos legales que se derivan de la normativa de comercio interior, dando lugar a la tramitación de los oportunos expedientes sancionadores.

A este efecto, el artículo 7.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía, en su nueva redacción dada por Ley 3/2010, de 21 de mayo, establece que las funciones inspectoras en materia de comercio interior en la Administración de la Junta de Andalucía serán ejercidas por la Consejería competente en materia de comercio interior, a la que se adscriben los correspondientes servicios de inspección, sin perjuicio de las competencias que le puedan corresponder a otros órganos de la Administración de la Junta de Andalucía. Añadiendo al mismo tiempo que la Consejería competente en materia de comercio interior, para el adecuado ejercicio de sus competencias,

establecerá reglamentariamente las funciones, el régimen de actuación y la composición de los servicios de la inspección comercial, y elaborará los correspondientes planes de inspección, en coordinación con otros órganos de la Administración estatal, autonómica y local.

**Orden de 2 de agosto de 2011, por la que se establece la composición, régimen de funcionamiento y funciones de la Comisión de Participación en la Ordenación y Gestión del Litoral (Boletín número 161 de 18/08/2011).**

La Comisión de participación en la ordenación y gestión del litoral ha sido creada por el 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. Configurada como el instrumento a través del cual los municipios y los agentes económicos y sociales participan en el seguimiento de las funciones traspasadas a la Comunidad Autónoma de Andalucía en esta materia.

NOTICIAS DE LA  
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA





# INFORME<sup>1</sup>

## La sentencia del Tribunal Supremo 13 de junio de 2011 ¿hasta dónde el control de la discrecionalidad del planeamiento?

### El caso de la biblioteca central universitaria de Sevilla

#### 1. INTRODUCCIÓN: LA SENTENCIA

La sentencia de la que traen su causa estas reflexiones –STS de 13 de junio de 2011– rechaza los recursos de casación interpuestos contra la de 4 de junio de 2009, de la Sala de lo contencioso–administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, sobre aprobación de revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla. La sentencia de instancia había estimado el recurso interpuesto contra la Resolución del Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, de 28 de julio de 2006, que dispuso la publicación de la Resolución anterior de 19 de julio de 2006, que aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla, en lo relativo al proyecto de construcción de la nueva Biblioteca Central Universitaria en parte de los terrenos actualmente ocupados por el parque del Prado de San Sebastián. Por razones que desconozco no se suspendieron las obras de construcción de la biblioteca proyectada hasta que en 2009 recayó la mencionada sentencia estimatoria. Al parecer en ese momento ya se llevaban invertidos algunos millones de euros en las obras de la frustrada biblioteca universitaria.

La situación cuando se redactan estas líneas está configurada por una sentencia del Tribunal Supremo que confirma otra del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ciertamente con algunas matizaciones en su fundamenta-

---

<sup>1</sup> Esta sección ha sido preparada bajo la dirección de José Ignacio Morillo-Velarde Pérez

ción, una resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía anulada y unas obras paralizadas en un céntrico parque sevillano desde que se produjo la sentencia de instancia. Las mencionadas obras deberán ser repuestas a la situación inicial del parque. En términos económicos a los millones de euros ya perdidos habrá que añadir algunos más y, salvo que exista algún procedimiento técnico que permita ubicar árboles ya desarrollados donde hoy están las obras paralizadas, se supone que se plantarán arbolitos que al menos darán sombra dentro de ocho o diez años. Antes de cualquier otra reflexión, lo primero que se viene a la cabeza, no sin amargura, es ¡que magnífico triunfo de la Justicia! Algo así como aquel ¡a tierra que vienen los nuestros! Difícil saber que ha sido peor, si el remedio o la enfermedad. A partir de ahí podemos hacer las consideraciones jurídicas que entendamos oportunas y a eso dedico estas líneas.

## 2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia de 13 de junio de 2011 es una sentencia amplia y argumentada, aunque sus argumentos tienen desigual valor, obviamente en mi opinión, según se ubiquen en alguna de las dos partes en que creo se puede dividir su texto. Ciñéndonos, como es natural, a sus fundamentos jurídicos y dejando al margen los primeros de éstos en que el Tribunal toma como punto de apoyo la sentencia recurrida, cabe distinguir los fundamentos tercero a séptimo de los restantes. En los indicados en primer lugar la sentencia, utilizando una impecable técnica procesalista, va rechazando diversos motivos de la casación solicitada. Creo que ahí el Tribunal se mueve perfectamente en su terreno y no hay más que aplaudir la tarea realizada.

El fundamento jurídico octavo es de transición y lo utiliza el Tribunal para enunciar la gran cuestión de esta sentencia, en último término, los límites a la discrecionalidad del planificador urbanístico y señaladamente los del *ius variandi* o posibilidades de introducir cambios en el planeamiento anterior.

En el fundamento noveno el Tribunal se sitúa en un plano doctrinal muy general trayendo a colación las nociones básicas sobre la discrecionalidad: su incompatibilidad con la arbitrariedad, su origen en la ley que determina, por ello, su sometimiento a límites, pues de otra forma no podría ser considerada una potestad jurídica. Evidentemente, nada que no deba ser admitido y compartido, a salvo de algunas precisiones de carácter técnico o conceptual que mejor es pasarlas en este momento, pues por encima del sentido más o menos

preciso de las palabras, quedan claros los conceptos y se entiende con absoluta precisión el pensamiento que se desea transmitir.

Sin embargo, en el fundamento jurídico diez comienza mi discrepancia con el Alto Tribunal, justo cuando inicia un importante esfuerzo para aplicar las limitaciones del *ius variandi* al supuesto en que se afecten zonas verdes. No discuto aquí la tesis central de la sentencia: la potestad de variación del planeamiento, una manifestación de la potestad planificadora es discrecional pero no por ello inmune al control judicial. La cuestión es qué control judicial. No es el momento de exponer las diversas y conocidísimas técnicas de control de la discrecionalidad. Si conviene recordar que hay una zona polémica justamente en la utilización de alguna de ellas, señaladamente cuando se pretende utilizar como parámetro fórmulas excesivamente abiertas o inconcretas, del estilo de la utilizada en este caso por el Tribunal: Se dice que la motivación que se ofrece en la memoria de la revisión es insuficiente. Es sabido que los actos discrecionales deben ser motivados –motivación que, por otro lado, solo de manera muy genérica se exige en el caso del ejercicio de la potestad reglamentaria de la que el planeamiento viene a ser una especialidad– Por tanto, es un criterio de control razonable la ausencia de motivación pues el parámetro utilizado no puede ser más objetivo, pero el Tribunal no reprocha carencia sino insuficiencia. La cuestión que surge de inmediato es, insuficiente ¿Para quién? Pues es evidente que para las autoridades académicas de la Universidad de Sevilla, para el Ayuntamiento de esta ciudad y para la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía las motivaciones aducidas eran suficientes. Además –y esto es importante– no se ha demostrado que existieran otras que desvirtuaran las alegadas en la Memoria, porque fueran acreedoras de algún tipo de reproche. Otra cosa es que convengan más o menos. Obviamente a los recurrentes no parecían convencerlos. Para el Tribunal la insuficiencia de la motivación deriva de *que no se expresan las razones por las que no se puede construir* –la biblioteca– *en otros terrenos* (fundamento jurídico trece). Es decir, que de ello se desprende que la memoria no peca *por que se expresen las razones por las que se pretende construir en un lugar determinado, sino que hay que explicar por qué no se puede hacer en ningún otro sitio*. Hay que convenir que lo pone difícil. Pues es obvio que en cualquier ciudad hay múltiples lugares para ubicar una biblioteca, y en el caso de Sevilla, con varios campus universitarios más aún, pero también es cierto que con este criterio se impide una estrategia universitaria, que tanto las autoridades de este orden como las municipales y autonómicas pretendían adoptar, simplemente porque existen otras opciones o que la opción elegida sea discutible, cualidad ésta fácilmente predicable de cualquier otra.

Enlazando con esas afirmaciones el fundamento jurídico décimo cuarto proporciona la clave del razonar del Tribunal: en el fondo no es que el margen de discrecionalidad sea más estrecho, sencillamente es que se niega la discrecionalidad cuando se razona: *Así es, lo propio de una decisión discrecional es la elección del planificador entre diversas opciones igualmente válidas. Pues bien, el sacrificio de una zona verde no es un indiferente jurídico cuando el planificador realiza la elección de esa decisión discrecional. No constituyen opciones igualmente válidas para el planificador el emplazamiento de un edificio sobre una zona verde que sobre otros terrenos que no tienen tal cualidad. De modo que no estamos ante indiferentes jurídicos entre los que escoger.* Efectivamente, exigiendo la prueba de la *imposibilidad* de ubicación en otro lugar ¡a ver que margen queda para la elección! No creo que puedan aducirse muchos usos o actividades que no puedan realizarse en casi todos los lugares de una ciudad, sean zona verde o no.

El Tribunal quiere proteger a toda costa una zona verde. A este efecto el fundamento jurídico undécimo alude a la sensibilidad colectiva protectora de estas zonas, inspiradora de una serie de medidas como el silencio negativo o desestimatorio, la imprescriptibilidad de la acción para proteger la legalidad urbanística cuando se afectan zonas verdes etc. Son medidas claras y razonables que el legislador ha tomado y, como tales deben llevarse a cabo, pero entre ellas no se dice nada de cómo deba ser la motivación. No es de recibo establecer limitaciones que el legislador no ha previsto. Aunque se trate de zonas verdes. Sabemos que discrecionalidad no es arbitrariedad, que es una forma legítima de ejercicio de una potestad pública, en conclusión lleva ínsita la limitación, aunque naturalmente ello no sea garantía del acierto y de la bondad de la decisión.

Sin incurrir en la sacralización de lo verde y lo natural, que parece haberse convertido en un mantra políticamente correcto, nada hay que objetar a ese objetivo que, con toda facilidad, puede entenderse incluido entre los deberes que impone el art. 45 de la Constitución. Pero al igual que sucede con otros objetivos o valores que también gozan de la protección constitucional, no puede pretenderse que esta protección sea absoluta, convirtiendo el medio –zona verde, porción de parque– en fin ante el que cualquier otra opción deba decaer indefectiblemente. A mi juicio autorizar la posibilidad de una biblioteca en zona verde solo en casos de imposibilidad, como parece desprenderse de la sentencia, es un exceso que no se puede compartir. Situar el umbral de motivación para justificar la decisión en la imposibilidad de ubicación en otro lugar –obviamente que no sea zona verde– es, con todo el respeto, cuanto menos una exageración. Ahora bien, una exageración dialécticamente comprensible para evitar la acusación de sustitución de la discrecionalidad administrativa por la

discrecionalidad judicial, pues de otra manera no parece fácil concretar en que consiste la intensificación de la exigencia de motivación por encima del que habitualmente se precisa. La consecuencia es el desapoderamiento de la decisión administrativa, porque a los jueces no les convencen los motivos que se aducen y su desplazamiento a la sede judicial.

El Tribunal apoya la rigidez de su postura tomando como paradigma de la protección de las zonas verdes la regulación de la modificación del planeamiento que desde el Texto refundido de 1976 a la regla 2ª del art. 36 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, pasando por lo previsto en la mayoría de las normas autonómicas dispone que las modificaciones que tengan por objeto una diferente zonificación o uso de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos... requerirán el dictamen del favorable del Consejo Consultivo de Andalucía. Nada más lógico teniendo en cuenta la dinámica del urbanismo en los últimos sesenta años con carácter general. Pero en mi opinión el Tribunal no debió despreciar el hecho formal de que *estamos ante una revisión y no modificación*, circunstancia cuya corrección no se ha cuestionado en el proceso, al menos, que conste. En consecuencia, no puede pretender que los límites de la discrecionalidad sean los mismos. Es decir, sin perjuicio de la alta valoración de la zona verde que indudablemente se desprende de la norma citada sobre la modificación del planeamiento, en nada más puede proyectarse sobre el régimen de la revisión. Si acaso, la comparación entre la regulación ambas formas de variación, pone de manifiesto su profunda diferencia que, desde la perspectiva que consideramos, se concreta en una negación de esa discrecionalidad –al menos para el planificador municipal y la administración autonómica en tanto que les impone contar con un informe *favorable* del Consejo Consultivo– para las modificaciones, sin una cautela análoga para la revisión, que por supuesto, puede ser parcial. El Tribunal, naturalmente, no está pretendiendo una aplicación análoga de la norma sobre modificación, simplemente parece traerla a colación como referente, pero aun así, entiendo que ha cometido un error que más arroja confusión que claridad en el asunto debatido.

Creo que es claro que el concepto de revisión permite una mayor libertad de apreciación que el de modificación por lo que es una operación en la que cuadra la discrecionalidad de manera perfecta, obviamente mucho más que para las modificaciones: se puede valorar incluso la calidad de una zona verde u otra. Para cualquiera que conozca la ciudad de Sevilla, es obvio, que no sería lo mismo afectar la superficie de la zona verde del lugar del emplazamiento asignado a la biblioteca, que hacerlo unas decenas de metros al lado, pues

en tal caso estaríamos hablando de un jardín del prestigio, la tradición y belleza del Parque de María Luisa y en el caso concernido por las obras, lo que se toca es un jardín, ciertamente estimable, de reciente factura, ubicado en el antiguo Prado de San Sebastián que, desde que en 1974 se desplazó el real de la Feria de Abril a donde se celebra actualmente, ha sido aparcamiento, cuando no una zona desaprovechada sin uso específico. También cabría valorar si de haberse construido la biblioteca el parque hubiera o no perdido su funcionalidad en el conjunto de la ciudad. Además no puede dejar de tomarse en consideración el más que evidente esfuerzo que ha realizado la ciudad multiplicando sus zonas verdes en los últimos veinte años.

Es obvio que todo este tipo de consideraciones quedan fuera de lugar cuando el umbral de la motivación es *la imposibilidad* de ubicación en otro emplazamiento.

Con estas líneas no se intenta apoyar la decisión administrativa cuestionada. Es probable que incluso no fuera una buena decisión. Sí trato de reivindicar la discrecionalidad administrativa y, en concreto, la discrecionalidad del planificador –autoridad legítima con pleno respaldo democrático– que por proceder de la ley solo debe tener los límites que esta le marque en una tarea que requiere precisión, equilibrio y sentido práctico y teniendo como punto de partida, como acertadamente señala el Tribunal que discrecionalidad no es arbitrariedad. Esos límites deben ser infranqueables y para eso están los tribunales de justicia. Lo que vengo a criticar aquí es precisamente la labor de un tribunal, por más que sea nuestro apreciado Tribunal Supremo, que, en mi opinión, se arroga la función de establecer unos límites con los que velar por la corrección de una decisión que no entiende correcta a la luz de una sensibilidad proteccionista –obviamente laudable– que el legislador no ha elevado a límite expreso de la discrecionalidad

### 3. EPÍLOGO

La biblioteca central universitaria de Sevilla no se ubicará en los terrenos del Prado de San Sebastián. Una decisión tan razonable como su contraria, si las cosas se miran sin ningún tipo de prejuicio y en el marco de lo debatido en la sentencia, aunque probablemente no sea la más acertada. Para velar por este extremo no están los tribunales de justicia, lo que no significa, la inexistencia de controles. Este es el papel de los controles de carácter político en una democracia como la nuestra. Deben ser los vecinos quienes pasen la factura de este tipo de decisiones si no las consideran de su agrado. Si las aceptan, no pa-

rece que tenga sentido esa tutela paternalista venga de donde venga, ni siquiera del Tribunal Supremo.

Acatando, como no podía ser de otra manera, la sentencia que nos ocupa se echa de menos la ausencia de la justicia cautelar al inicio del pleito. Desconozco si se planteó o no la suspensión inicial de las obras y si se hizo cuáles fueron las razones de su denegación. Lo que si está claro es que ahora si ha de haber algún claro perdedor este será, como en tantas ocasiones, el erario y el contribuyente.





NOTICIA DE  
REVISTAS AUTONÓMICAS



## Noticia de Revistas Autonómicas\*

### **(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.**

TUDELA ARANDA, José, Dionisio, *Las bases del régimen local tras los estatutos de segunda generación y la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, RArAP*” núm. 37, diciembre 2010, pp. 63–92.

En este trabajo se examina la relación bases/estatutos en los textos de segunda generación (con atención a las visiones doctrinales contrapuestas y su reflejo en los Estatutos de Autonomía). El siguiente objeto de análisis es la respuesta dada por la STC 31/2010, de 10 de julio sobre la relación de las Bases con los Estatutos de Autonomía y sobre la competencia en materia de régimen local. Cree TUDELA ARANDA que si bien la declaración de inconstitucionalidad del art. 111 ECAT cabe considerarla como una de las mas relevantes contenidas en la sentencia, no deja de sorprender que los contundentes pronunciamientos interpretativos realizados alrededor de los artículos 110 y 112 no hayan supuesto directamente su inconstitucionalidad. En su opinión, tras la sentencia sigue siendo claro que la materia de régimen local incluyendo la relación de submaterias relacionadas en los diferentes estatutos de autonomía, pertenece a la categoría de las competencias compartidas entre el Estado y la Comunidad Autónoma. El autor concluye que “la conjunción de la letra de los nuevos Estatutos con la estructura general del Estado y la tradicional asunción de la materia local por los Estados en los sistemas federales, obliga a la necesidad de reinterpretación sustancial de las bases del Estado en la materia; una reinterpretación que debiera –en su opinión– incrementar significativamente el ámbito de decisión propio de las Comunidades autónomas. No compartimos estas visiones. Son por lo demás contrarias a la letra y al espíritu constitucional. La realidad muestra que las Bases estatales ha sido el parapeto de los atentados a la autonomía local perpetrados de la legislación autonómica. Consideramos que el cercenamiento progresivo de las competencias estatales supone una reforma constitucional encubierta. Fuera del plano jurídico, la actual crisis económica sin precedentes tendría que hacer reflexionar sobre la oportuni-

---

\* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

dad de las fuerzas centrífugas en el sistema. La realidad social en que las normas deben ser aplicadas exige un reforzamiento del principio de unidad como expresión de la sensatez de economía de costes. El replanteamiento que exige la situación no es estético sino quirúrgico.

CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique, *La razón o la historia. Reflexiones en torno al término nacionalidades en la Constitución española y a las sucesivas definiciones de Aragón en su Estatuto de autonomía*, RArAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 187–224.

Examina CEBRIÁN ZAZURCA los debates relativos a la inclusión del término nacionalidades en la CE y las sucesivas definiciones que Aragón ha recibido en su norma estatutaria desde sus comienzos a la actualidad. El autor concluye que el futuro ha de pasar por la elección de la razón frente a los reclamos de la historia, profundizando en los elementos federales del modelo español de distribución territorial del poder y complementando así un Estado federal con las herramientas de la asepsia racional que le es inherente. El estudio incluye una selecta y amplia bibliografía especializada.

FERNÁNDEZ ALLES, José Joaquín, *La participación y el control del proceso decisorio europeo por las Comunidades Autónomas tras la Ley 38/2010 y la Declaración de Trento de 2010*, “RVAP” núm. 89, enero–abril 2011, pp. 55–92.

En este trabajo se parte del análisis de la Declaración de Trento de 2010 y de la actividad de la Comisión mixta para la Unión Europea durante el periodo 2009–2011. A continuación se examinan las funciones europeas de los parlamentos autonómicos y la estructura constitucional del Estado (los parlamentos en el proceso decisorio europeo; el principio de subsidiariedad y las regiones con autonomía legislativa; las Comunidades autónomas en la doble reforma de la Ley 8/1983 mediante las Leyes 24/2009 de 29 de diciembre y 38/2010 de 20 de diciembre. Estas normas imponen un deber de remisión de las iniciativas legislativas de la Unión Europea y la posibilidad de emisión de dictamen en el plazo de cuatro semanas para que pueda ser tenido en cuenta por la Comisión Mixta Congreso–Senado. Concluye FERNÁNDEZ ALLES que el surgimiento de este régimen relacional del sistema constitucional de España, como Estado descentralizado e integrado en la Unión europea, fundamentalmente concretado en los derechos de información y de dictamen, debe ser fortalecido mediante la creciente parlamentarización –en las Cortes Generales– de las citadas relaciones entre poderes (legislativos y ejecutivos) del Estado, la Unión Europea y las CCAA, y su generalización a todos los parlamentos autonómicos.

BORONSKA-HRYNIEWIECKA, Karolina, *Regional competence: changing patterns of the Basque regionalism in the EU*, “RVAP” núm. 89, enero-abril 2011, pp. 239-263.

## (2) § Administraciones Públicas/Función Pública

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *El miedo o terribilita en la gerencia*, “RARAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 225-238.

En este estudio se examinan modos de gerencia. Cree LORENZO DE MEMBIELA que la fuerza de la legitimidad o la obediencia por el miedo son dos caras de un único propósito aunque con resultados a nivel personal muy diferentes.

LATORRE VILA, LUIS, *El control parlamentario de las empresas públicas en Aragón*, “RARAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 259-316.

Parte LATORRE VILA de la definición de empresa pública basada en el concepto de influencia dominante y realiza a continuación un proceloso examen de los límites a la actividad parlamentaria de control. A partir de aquí expone los nuevos instrumentos de control específicos: Oficina de control presupuestario; el control delegado de la Cámara de Cuentas y la Comisión parlamentaria de control específica. El trabajo culmina con el examen de la regulación del control de las empresas públicas en los reglamentos de otros parlamentos autonómicos. El estudio incluye una amplia bibliografía.

SARASIBAR IRIARTE, Miren, *La participación de las entidades locales en los ámbitos estatal y supranacional*, “RVAP” núm. 89, enero-abril 2011, pp. 149-181.

En este trabajo SARASIBAR IRIARTE parte del examen de los principios generales aplicables a las entidades locales (autonomía local, subsidiariedad, coordinación, cooperación y colaboración). La autora estudia el derecho de participación de las entidades locales destacando el avance producido por la reforma del LRBRL con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre y descendiendo a los tipos de participación: entidades asociativas (CGLU, CMRE, FEMP), órganos participativos (CPLRE, Comité de las Regiones, AECT, Comisión nacional de Administración Local, CSAL) y participación en procedimientos legislativos. Considera SARASIBAR IRIARTE que la participación es escasa en los niveles europeo y estatal por estar dirigida en el primer caso mas al nivel regional y por haberse reunido en muy pocas ocasiones la Conferencia Sectorial para Asuntos Locales y la Comisión Nacional en el caso de España. Por ello

afirma SARASIBAR IRIARTE, no es de extrañar que las entidades locales hayan dirigido su participación a las Comunidades Autónomas. La autora destaca que la STC 31/2010, de 28 de junio ha dado carta de naturaleza a los contenidos estatutarios al respaldar el art. 85 EAC que regula el Consejo de Gobiernos Locales, hoy desarrollado por la Ley 12/2010, de 19 de mayo.

**(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas**

BERNAL BLAY, Miguel Ángel, *La colaboración público-privada institucional*, RArAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 93-137.

Estudia BERNAL BLAY la colaboración entre el sector público y el privado en la LCSP (colaboración de tipo contractual y las escasas previsiones sobre colaboración de tipo institucional). Se centra así en el marco jurídico de las operaciones de colaboración público-privada institucional y su conexión con el derecho europeo de contratos públicos y concesiones (única o doble licitación, procedimiento de adjudicación, elementos específicos del contrato relativos a la selección del socio privado, condiciones de ejecución de la colaboración y posibilidad de modificación, relaciones de la entidad con terceros. Concluye BERNAL BLAY que la colaboración puede materializarse a través de vínculos contractuales o institucionales, pero que la colaboración institucional, en el fondo, también es contractual que la selección del socio privado colaborador se realiza en virtud de contrato. Cree así que la presencia en toda operación de colaboración público-privada institucional de una prestación típicamente contractual, determina la aplicación a la misma de las normas reguladoras de la adjudicación de contratos y el otorgamiento de concesiones de manera que colaboración y contratación son, en realidad, dos caras de una misma moneda. El estudio incluye una selecta y amplia bibliografía especializada.

BOTO ÁLVAREZ, Alejandra, *La exención de garantías procesales como privilegio de la Administración: el nuevo depósito para recurrir en la Ley Orgánica del Poder Judicial*, “RArAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 239-258.

Este trabajo versa sobre la inclusión en la nueva disposición adicional decimoquinta en la LOPJ mediante la Ley Orgánica 1/2011 del depósito de escasa cuantía que debe consignarse antes de recurrir una sentencia para disuadir de la irresponsable interposición gratuita de recursos judiciales. Cree BOTO ÁLVAREZ que el precepto parece desconocer el precepto de aplicación

general –el art. 12 de la Ley 52/1997 referida la exención de prestar cauciones y depósitos para todos los organismos públicos, independientemente de su nombre, y especialidades de régimen jurídico– siendo fuente de incertidumbre e inseguridad jurídica. Critica la restricción realizada administraciones territoriales y *organismos autónomos* dependientes de ellos y no cree acertada la congelación de rango por Ley Orgánica.

VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, *Nuevo Régimen para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto del Ley de Economía sostenible*, “RArAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 317–351.

Considera VÁZQUEZ MATILLA adecuada la extensión del régimen de modificaciones a los contratos celebrados por todos los poderes adjudicadores sujetos de una u otra forma a la LCSP en lo que a la ejecución del contrato se refiere, y conllevando *a priori* una restricción de los encargos que se efectúan a estas sociedades con el fin de huir del Derecho administrativo siendo un mecanismo incluso para evitar la proliferación innecesaria de las mismas. Cree, no obstante, que el legislador se extralimita en el contenido que ofrece del concepto imprevisibilidad que ha definido la jurisprudencia comunitaria, y que es un concepto jurídico indeterminado que “no puede tratarse como un concepto de nueva creación al que el legislador dote *ex novo* de un *status* diferente del que le corresponde por sí mismo”. Lo que sostiene el autor es una exigencia del principio de interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea derivado del de primacía.

#### **(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad**

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Expropiación forzosa y obras públicas en carreteras: legislación histórica y régimen vigente*, “RArAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 11–62.

En este trabajo se estudia de forma paralela la evolución histórica de la normativa de obras públicas de carreteras y en materia de expropiación forzosa. Analiza así la normativa histórica anterior a la Constitución de Cádiz en materia de obras públicas, carreteras y expropiación forzosa: las primeras leyes en el siglo XIX sobre expropiación forzosa y carreteras y las previsiones constitucionales; la normativa de obras públicas y en materia de expropiación forzosa entre dos siglos y en el nuevo marco constitucional; la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y las nuevas leyes en materia de carreteras; y, por último, la legislación de obras públicas de carreteras y en materia de expropiación forzosa en el marco de la Constitución española de 1978 y su situación actual. El

trabajo realiza un examen minucioso de todos estos precedentes. Cree FERNÁNDEZ DE GATTA que la concepción actual de la expropiación forzosa –puesta de manifiesto en la STC 48/2005, de 3 de marzo– no exenta de problemas y conflictos, permite a las Administraciones Públicas una mas amplia intervención en la sociedad, propiciando una apreciable modernización de ésta, entre cuyos ámbitos deben resaltarse las obras públicas de construcción de vías de comunicación para automóviles.

**(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora)**

CASTEL GAYÁN, Sergio & LACASA VIDAL, Jesús, *Introducción al Derecho turístico de Aragón: Evolución y situación actual*, “RArAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 353–397. *Vid.* (6).

**(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.).**

FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio, *Expropiación forzosa y obras públicas en carreteras: legislación histórica y régimen vigente*, “RArAP” núm. 34, diciembre 2010, pp. 11–62. *Vid.* (4).

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, *La transformación urbanística del suelo no urbanizable: proyectos territoriales de interés autonómico y reservas de suelo*, “RVAP” núm. 89, enero–abril 2011, pp. 15–54.

En este estudio AGUDO GONZÁLEZ analiza en primer lugar la figura de los proyectos singulares regionales, de alcance regional, supramunicipales o de denominación similar en relación con la transformación de suelo no urbanizable con fines de interés general de las Comunidades Autónomas. En segundo lugar analiza los proyectos regionales turístico–residenciales y su dudosa justificación de interés general por constituir actuaciones incompatibles con cualquier política territorial sostenible. El autor establece una tipología de actuaciones de interés regional dudosas desde el punto de vista de la sostenibilidad territorial aprobadas mediante normas con rango de Ley. El Estudio culmina con el examen de las reservas de suelo en suelo no urbanizable –estas reservas implican la reclasificación “tácita” del suelo delimitado por la reserva con el objeto de ser expropiado y destinado no sólo a grandes equipamientos e



infraestructuras, sino también a la urbanización y edificación de vivienda sujeta a algún régimen de protección pública—. Cree AGUDO GONZÁLEZ que en todos estos supuestos se trata de instrumentos que pueden legitimar actuaciones de “generación de ciudad” donde la legitimación de la oferta de suelo se articula a través de mecanismos ajenos a la alteración del planeamiento urbanístico sin perjuicio de que con posterioridad deban tener reflejo estas operaciones en los planes de ordenación urbana. El estudio está salpicado de tecnología de control de la discrecionalidad inherente a los procesos de desclasificación y contiene estudios de caso como el de “Marina de Cope” en la Región de Murcia.

GUERRERO MANSO, De, Carmen, *La clasificación del suelo urbano en el contexto urbanístico actual de regeneración de la ciudad*, RArAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 139–183.

Estudia GUERRERO MANSO en primer término la evolución de la técnica de la clasificación del suelo en las normas urbanísticas estatales con especial referencia a la regulación del suelo urbano y el carácter necesario y alternativo de las “hipótesis” básicas que configuran el suelo urbano. Se centra la autora en el análisis de los criterios generales de los “supuestos” del suelo urbano (integración en la trama o malla urbana; el requisito formal impuesto por la legislación autonómica de la inclusión del suelo urbano en un instrumento del planeamiento; la carga de la prueba de los “supuestos” exigidos; y la tendencia reductora del suelo urbano). GUERRERO MANSO considera integración en la trama o malla urbana es esencial y que la reducción que está experimentando el concepto de suelo urbano tiene como consecuencia la preeminencia de la existencia de los servicios urbanísticos como criterio de clasificación frente al resto de “hipótesis” básicas del suelo urbano. Afirma la autora que la carga de prueba corresponde con carácter general al particular que cuestiona la decisión de la Administración debiendo probar la efectiva transformación del terreno pero que la prueba de su inadecuación o insuficiencia corresponderá a la Administración. El estudio incluye una amplia bibliografía. Las comillas son nuestras.

CASTEL GAYÁN, Sergio & LACASA VIDAL, Jesús, *Introducción al Derecho turístico de Aragón: Evolución y situación actual*, “RArAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 353–397.

Este trabajo examina la evolución del Derecho turístico (Estatuto, Ley del Turismo de Aragón, impacto de la Directiva de Servicios); la Administración turística; la ordenación territorial de los servicios turísticos; el estatuto del tu-

rista y del empresario turístico; la promoción y el fomento del turismo, y, por último, la disciplina turística.

MONTORO CHINER, María Jesús, *La acción de retracto de montes. Una institución jurídica todavía efectiva*, “RArAP” núm. 37, diciembre 2010, pp. 63–92.

MARINA JALVO, Belén, *El contenido posible de la regulación establecida por los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas*, “RVAP” núm. 89, enero–abril 2011, pp. 117–147.

Aborda MARINA JALVO la habilitación al Gobierno del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas para que en circunstancias de sequías extraordinarias, de sobre explotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad o urgencia adopte medidas, oído el Organismo de Cuenca para superar dichas situaciones aunque existan concesiones. Estudia en concreto la tipología de disposiciones establecidas por dichos reglamentos; la jurisprudencia sobre la naturaleza, el contenido y el procedimiento de elaboración. Analiza igualmente la incidencia de la necesidad sobre el derecho ordinario (naturaleza y contenido de los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, en especial el Real Decreto 1419/2005, de 2 de noviembre (carácter no indemnizable de las medidas adoptadas). Tramitación de los procedimientos afectados por la aplicación de las medidas excepcionales) y el procedimiento de elaboración de los reglamentos dictados al amparo del artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas. En este último aspecto, resalta la no exigencia del Dictamen del Consejo de Estado por no ser reglamentos ejecutivos si bien habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica. La autora insiste en la idea de que la propia naturaleza de los reglamentos de necesidad desaconseja la observancia con carácter general de un procedimiento predeterminado para su elaboración debiendo modular o determinar la omisión la urgencia y la propia provisionalidad de las medidas adoptadas.

## (7) § Varia

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *La “nueva oficina judicial” y el modelo constitucional de justicia: problemas abiertos*, “RVAP” núm. 89, enero–abril 2011, pp. 93–116.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, *La normativa sobre el euskera publicada en 2010*, “RVAP” núm. 89, enero–abril 2011, pp. 185–212.

LAFONT NICUESA, Luis, *Menores extranjeros: documento oficial extranjero contra*

*pruebas médicas en la doctrina administrativa y judicial contencioso-administrativa española*, “RVAP” núm. 89, enero-abril 2011, pp. 215–236.

El autor valora positivamente la prevalencia de las pruebas médicas sobre el pasaporte en fallos como la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm. 339/2008, de 24 de julio y el TSJ de Navarra de 28 de febrero de 2008.

ELOSEGUI ITXASO, María, *La mente del legislador en los programas de la asignatura de educación política en las escuelas alemanas, en la LOE y en la legislación educativa de la CAPV*, “RVAP” núm. 89, enero-abril 2011, pp. 265–310.

#### Abreviaturas

RArAP      Revista Aragonesa de Administración Pública  
RVAP      Revista Vasca de Administración Pública



# RECENSIONES



## RECENSIONES

**Enrique RIVERO YSERN y Marcos FERNANDO PABLO. *Equidad, Derecho administrativo y Administración Pública en España*. Editorial Andavira**

Los profesores Enrique Rivero Ysern y Marcos Fernando Pablo han asumido, solidariamente y con acierto, la realización de un espléndido trabajo sobre la Equidad.

Cuando empecé a leerlo sentí una sensación de frescor y recuerdo.

De frescor por cuanto considero que estos temas son los que pueden revitalizar el Derecho y muy especialmente el Derecho administrativo. El número de publicaciones sobre la disciplina en los últimos años se ha elevado, quizá de forma excesiva, por circunstancias no siempre relacionadas con la búsqueda científica en nuestra asignatura.

Volver a los clásicos, a los principios, a las instituciones y hacerlo para dar vida al presente es, a mi juicio, el camino a seguir frente a las actuales propuestas de reforma en la investigación y docencia universitarias.

También me traía recuerdos. El libro que firma mi querido hermano con mi amigo Marcos me ha devuelto a las primeras clases recibidas de la mano de nuestro maestro D. Manuel Clavero Arévalo, allá por el año 1969 cuando en las aulas de nuestra querida Fábrica de Tabacos cursaba mi tercer curso de la licenciatura.

“Clavero” nos explicaba e insistía en que legalidad y juridicidad no eran lo mismo. Que el derecho administrativo era “ordenamiento”; Aprendimos la necesidad de que el Derecho acompañara y guiara la evolución de la sociedad a la que sirve si no quería caer en el desuso. Que el Derecho debía portar los valores de la sociedad a la que sirve...

Aquello ya lo habíamos oído en las clases de Derecho romano porque nos habían hablado de las Magistraturas basadas en la equidad...

Y es que el concepto “equidad” posiblemente sea tan antiguo como el hombre - al menos desde que el hombre comprendió que el sábado era para él y no él para el sábado.

Los autores del trabajo remueven a su manera todo aquello. La idea aristotélica de la epiqueia; la equidad particular como complemento, o mejor, como parte de la equidad general.

No cabe oposición entre derecho positivo y “equidad”; esta tiene que estar en aquél. El conflicto se planteará, en todo caso, entre la generalidad y abstracción de la regla y el resultado a que esta debe conducir en un caso particular, caso cuyas peculiaridades no pueden ser contempladas desde la generalidad de la norma.

La equidad como criterio de cobertura de *la aplicación de potestades administrativas*, como criterio *configurador del ejercicio de potestades administrativas*; la equidad como *criterio corrector de las disfunciones en la aplicación de la norma* y garantizador del cumplimiento de la finalidad atribuida a la norma; la equidad como *criterio vinculante a los operadores jurídicos para considerar las consecuencias de hecho a las que conduce la mecánica aplicación de las normas* y que obliga a tomar en consideración la necesidad de dar cobertura y protección a intereses de facto que la norma positiva no ha podido recoger *y que podrían encontrarse cubiertos por valores y principios constitucionales*.

En torno a todo ello, los autores, con un examen incisivo de concretas situaciones, van extrayendo consecuencias de la mano de la jurisprudencia en una labor creativa y sugerente.

Punto básico de partida del trabajo –este es uno de sus aciertos– es el examen de la Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés. Con cita oportuna y amena, Rivero Ysern y Fernando Pablo nos explican como la equidad ha impulsado la evolución del Derecho administrativo en Francia y desvelan el grado de analogía o diferencias de nuestro contencioso administrativo con el contencioso francés a lo largo de su evolución para valorar su acogida pasada y su posible futuro en nuestro Derecho.

El origen del contencioso francés en el marco de los principios revolucionarios y en la propia concepción revolucionaria del reparto de poderes (jurisdicción administrativa externa no sujeta al poder judicial) y su evolución (etapa de justicia retenida o delegada), muestran un mayor poder discrecional del Juez administrativo frente al judicial y unas mayores posibilidades de fallar en



equidad que las del juez civil -sujeto a la necesaria autorización expresa del Co-de civil.

Las decisiones del Consejo de Estado Francés en materia de responsabilidad administrativa y de responsabilidad contractual basadas en la equidad permitieron elaborar teorías tan importantes como la del equilibrio contractual, los perjuicios desproporcionados o la teoría del enriquecimiento sin causa.

En nuestro país, explican los autores, la evolución de la justicia administrativa refleja, a lo largo del XIX su falta de “asentamiento” que impidió que el sistema de autocontrol en equidad prosperara entre nosotros. Pese a ello, la jurisprudencia del Consejo Real y de los Consejos provinciales manejan institutos propios de la equidad.

La Ley de 13 de septiembre de 1888 (en vigor prácticamente hasta la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956), cerró la aplicación de la equidad al permitir únicamente el control por lesión de derechos subjetivos administrativos perfectos ocasionada en uso de facultades regladas, impidiendo el control de toda actividad jurisdiccional. El control contencioso resultante fue un control de *ius strictum*.

La jurisprudencia, en la misma línea (STS de 3 de octubre de 1930), recordaba que el artículo 1 de la Ley exige, entre otros requisitos “*que se alegue un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto*”, por lo que se declara la falta de jurisdicción si “*no se alega precepto alguno, ni cita, que se suponga vulnerado y se dice tan solo que bastan los principios generales del derecho y razones de equidad*”.

Con algunas correcciones en la jurisprudencia de los años sesenta, este planteamiento, contrario a la admisión de la equidad, se prolonga hasta el ne-constitucionalismo.

Un impedimento adicional vino de la mano del carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa: una visión del carácter *revisor* de la jurisdicción contencioso-administrativa, que podría dar a entender que la “equidad”, aplicada en su caso por la Administración, no podía ser corregida por los Tribunales. Y no solo eso sino también que la falta de equidad de la resolución administrativa no podía ser utilizada aisladamente, como medio para combatir la actividad administrativa ni decretada por los tribunales como causa de anulación de aquella.

En esta evolución, el neoconstitucionalismo, desplazará hacia el juez la interpretación constitucional. De tal forma que aún sin estar plenamente asentada tal tendencia, la jurisprudencia contencioso-administrativa española responde a este *ambiente* y hace entrar en juego a la más tradicional idea de la equidad de distintas maneras: seleccionando hechos en principio irrelevantes para el derecho estricto; corrigiendo las consecuencias de facto del estricto derecho; recomponiendo el equilibrio y la equivalencia de prestaciones en la actividad contractual; aplicando el principio de proporcionalidad (en su sentido más tradicional) a las autorizaciones, licencias y sanciones; cuantificando indemnizaciones y justiprecios (artículo 43 de la LEF); insistiendo en materia contractual en la prohibición del enriquecimiento sin causa (institución típica de equidad) ante defectos en la formalización de los contratos o dificultades interpretativas en su liquidación o, finalmente, prohibiendo, aún sin texto expreso, un resultado “manifiestamente injusto”, en el ejercicio de potestades discrecionales.

Dos ideas importantes me transmiten los autores en relación al tratamiento de la equidad en la reforma del Título Preliminar del Código civil y en nuestro vigente Texto Constitucional.

La primera es que frente a la redacción primitiva del Título Preliminar del Código civil, que generó una jurisprudencia contraria a la invocación frente al Derecho positivo de reglas de equidad, el nuevo Título Preliminar vino a incorporar la equidad como criterio aplicativo de la norma en concurrencia con otros.

La equidad no se contempla *en el sistema de fuentes sino en los criterios de aplicación de las fuentes*. Es, sin embargo, una fuente material para la aplicación de la norma a cada caso. Su función es corregir el rigor de la norma positiva a la vista de cada relación y cada caso, lo que va más allá, (como Fernández Rodríguez advierte) del simple razonamiento subsuntivo y conlleva un elemento creativo

La segunda es que en el artículo. 3-2 del Código Civil, la equidad mira hacia el resultado que se produce como consecuencia de la pura subsunción de los hechos en la norma.

La equidad así entendida, supone, además, un cierto control de la propia norma a través del acto administrativo que la aplica. Si el resultado de éste es *injusto* (en el sentido antes descrito), es la norma la que adolece de incoherencia: su *inequidad*, puede no ser “ilegalidad”, pero la inadecuación a la realidad, que se comunica al acto, requiere su rectificación cuando la situación fáctica

concreta y singularizada, que dio lugar a la aplicación de la equidad, se generaliza.

El último capítulo del trabajo se ocupa de la vinculación de la Administración y el Derecho administrativo a la equidad.

Frente a la concepción iuspositivista del Derecho, la participación en la potestad normativa de la Administración a través de la potestad reglamentaria supuso la apertura del Derecho administrativo y de la Ley de lo contencioso de 1956 a modos ordenamentalistas y con ello a la equidad en la aplicación judicial

El Consejo de Estado admitía que “el principio de equidad del art. 3 del Cc había de ponderarse en la aplicación de las normas administrativas que *adoptan una estructura sinalagmática* en virtud de la cual ante determinada conducta del particular se espera una respuesta de contrapartida de la Administración pública. A lo que los autores del trabajo añaden la actuación unilateral, en cuanto la equidad se constituye en límite del ejercicio de la potestad de revisión de oficio.

El criterio de equidad es especialmente valioso en el ejercicio de potestades discrecionales: el control de los hechos, indagar si la Administración los valoró mal o debiendo haberlos valorado en un sentido lo hizo en otro. Todo ello no es más que la puesta en marcha del mecanismo de control frente a resoluciones cubiertas de legalidad formal pero desnudas de una justicia humanizada.

La realidad demuestra que hoy, y cada vez con mayor frecuencia, la legalidad atribuye potestades a la Administración para actuar en equidad a través de formulas varias: creando órganos de *resolución extrajudicial* de conflictos que vienen a resolver en equidad; *actuando los llamados derechos de tercera generación* y de igualdad de género o haciendo efectiva la protección frente a la incapacidad y las minusvalías. En suma ayudando a la consagración efectiva de estos nuevos derechos de acogida constitucional.

Este capítulo final es una invitación a seguir avanzando en la línea que abren los autores de este estudio.

Advierten estos que: “*si como se ha dicho: “la equidad permite al Derecho administrativo negociar sus transformaciones actuales y encarar las exigencias del nuevo siglo, siendo potencialmente factor de transformaciones saludables en el momento en que muchos anun-*

*cian el fin del derecho público y el marchitar del derecho administrativo” (Ribot), ello solo será posible si el derecho administrativo retorna a sus fuentes y, siguiendo al legislador en la formulación de nuevos derechos públicos subjetivos (esto es, nuevos poderes conferidos por el derecho público a un individuo para exigir al Estado un comportamiento determinado en vistas de la satisfacción de sus propios intereses) encuentra la manera de hacer corresponder el resultado práctico de su aplicación, con las necesidades, no ya de los ciudadanos en particular, si no de la persona en singular.*

No se trata de postergar, obviamente, ni la legalidad ni la seguridad jurídica sino de tomar conciencia de la necesidad de proporcionar equilibrio a las demandas de los ciudadanos, en el marco de una nueva generación de derechos públicos subjetivos.

Concluyo. Enrique Rivero Ysern y Marcos Fernando Pablo han abordado con amenidad, profundidad y brillantez el tratamiento de lo que ha sido el hilo conductor de la construcción pretoriana del Derecho administrativo francés y de nuestro propio Derecho administrativo.

Ni más ni menos.

Han destacado el valor del principio. La trascendencia que ha tenido y que debe tener en el desarrollo de nuestro futuro derecho administrativo.

Su esfuerzo nos invita a asumir la tarea de hacer crecer con nuevos estudios esta semilla, por olvidada, tan pequeña y a la vez tan grande: la equidad.

*Sevilla. Septiembre de 2011.  
José Luis Rivero Ysern*

**Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel.**

El Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General del profesor Muñoz Machado constituye la sistematización y exposición más amplia, completa y detallada del Derecho Administrativo que se ha hecho en España en toda la historia de la disciplina. Incluso a escala europea, muy pocas obras personales pueden parangonarse a este Tratado por su profundidad y alcance.

El término Tratado sólo puede en puridad ser aplicado a una obra que pretende explicar una materia de forma entera y agotadora, sistematizándola y analizando sus instituciones con la extensión y la profundidad que cada una demanda. Ni más ni menos. Por ello, no todas las obras rotuladas de Tratado lo son en realidad. Muchas revelan las apreturas y limitaciones que imponen el resumen o las necesidades de la docencia, cuando no el acarreo de la dogmática aprendida y poco atenta a los requerimientos del presente, mas cercana al mito que a la realidad de las cosas. Pero la obra del profesor Muñoz Machado es cabalmente un Tratado en el sentido genuino del término; un Tratado que, como tal, asume abiertamente el reto –y el riesgo– metodológico de sistematizar una rama entera del Derecho sin escamotear los debates dogmáticos ni la ocasión de reconsiderar cada una de las instituciones del Administrativo y del Derecho Público general a la luz de su pasado y de su finalidad presente, lo que no pocas veces requiere realimentar muchas de esas instituciones, contextualizarlas de nuevo y, a veces, desarraigarlas o simplemente desecharlas. Proyectoado como una obra dividida en cinco volúmenes, de los que ya han aparecido los cuatro primeros, el Tratado está concebido con la intención de aplicar rigurosamente esa metodología desde la reflexión plenamente documentada y con total libertad intelectual.

El profesor Muñoz Machado parte de la percepción de que la mayor parte de las categorías e instituciones jurídicas que se emplean ordinariamente para disciplinar la actuación de los poderes públicos y asegurar su sometimiento al Derecho se formaron a finales del siglo XIX y principios del XX en un contexto político, económico y constitucional completamente diferente del actual. Pese a ello, la dogmática iuspublicista está gobernada por no pocas ideas preconcebidas, decantadas por la inercia de los años y por valores sobrentendidos que muchas veces asumimos de modo acrítico, pero que han perdido o han visto profundamente transformado el sustrato histórico y coyuntural que les daba sentido, convirtiéndose en una especie de armaduras huecas, carentes de encarnadura,

que sólo muy forzadamente se adaptan –muchas veces sin conseguirlo– a las necesidades de la sociedad contemporánea. Ello impone revisar los dogmas recibidos y ponerlos al día. Al hacerlo, el profesor Muñoz Machado va construyendo una sistematización del Derecho Público de nuestro tiempo que tiene muy presentes las circunstancias que han cambiado las claves de la disciplina: el paso de un sistema cerrado y estructurado de fuentes del Derecho a uno extraordinariamente fraccionado, disperso y abierto a fuentes de distinta proveniencia y orientación, en el que los cada vez más complejos procesos de integración normativa presiden la mayor parte de los conflictos jurídicos; el tránsito de una concepción centralizada y centralizadora del Estado a una fuerte descentralización; de la estatalización de los servicios públicos y la presencia del Estado en el mercado a un sistema liberalizado en el que el Estado ocupa funciones de regulador y sólo excepcionalmente de gestor; la transformación de una Administración prestadora y generadora de estructuras de bienestar, a una Administración apremiada por los recortes y la contención del déficit; de un Derecho casi exclusivamente estatalizado, a un sistema jurídico europeizado y globalizado, en suma.

El volumen I del Tratado, editado en 2004 y en 2006, aparece en su tercera edición de 2011 completamente remozado. Se dedica por entero a la configuración histórica y la significación actual de las instituciones fundamentales alrededor de las cuales se organizan y actúan los poderes públicos, y el proceso seguido en los dos últimos siglos hasta conseguir, paulatinamente, su sometimiento pleno al Derecho.

El punto de partida es conocido, los grandes principios y soluciones técnicas que han ido forjando el orden jurídico político–constitucional y la problemática clásica del Derecho Administrativo se sitúan entre las dos coordenadas que delimitan los derechos de los ciudadanos y el principio de autoridad: las habilitaciones de poder exorbitante que la Administración reclama para hacer posible su misión de conservación del orden público y de transformación social, de un lado; y, de otro, la garantía a de los ciudadanos frente al poder, plasmada en el reconocimiento y defensa de los derechos y libertades públicas.

El Derecho Administrativo se ha conformado históricamente como un equilibrio conciliador entre las dos vertientes de la Administración: entre las exigencias del control y los requerimientos de la acción. Por un lado, las técnicas jurídicas de la reserva de Ley, de subordinación del Gobierno al Parlamento, la del Reglamento a la Ley, la responsabilidad del Estado por las actuaciones administrativas, la progresiva extensión del control jurisdiccional a todas las decisiones gubernamentales, la toma de decisiones formalizada en un procedimiento o la adopción de un criterio orgánico del acto administrativo para

proporcionar una vía de imputación efectiva de las decisiones ilegales, no son sino reflejos y concretas manifestaciones de una clara voluntad de sujetar el poder exorbitante de la Administración. Por otro lado, la formidable transformación del papel de la Administración, acelerada a partir de la segunda mitad del siglo XX (de la que el profesor Muñoz Machado analizó sus consecuencias en el marco jurídico europeo en una obra imprescindible sobre *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993), explica otras tantas técnicas jurídicas, como la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo, la atemperada teoría de las nulidades del acto, la discrecionalidad administrativa, el recurso administrativo previo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa o la materialización de la evanescente idea de interés general y sus múltiples exigencias en técnicas muy diversas (que van desde el *ius variandi* de la contratación a la inalienabilidad, inembargabilidad o imprescriptibilidad del dominio público).

Pero, como apuntábamos, el Derecho Administrativo clásico del que siguen siendo tributarias buena parte de las exposiciones modernas de la disciplina, se consolidó en un marco ideológico, socioeconómico y jurídico constitucional diametralmente diverso al de hoy en día. El estatalismo, la primacía de la Ley, la organización los poderes públicos y de sus relaciones, el proteccionismo económico o la concepción de las relaciones entre Estado y sociedad poco tienen que ver entre aquella época y la nuestra. Las nuevas orientaciones que presiden el Derecho Público están conformadas por un cuadro de valores político-constitucionales radicalmente diferentes: la primacía de los derechos ciudadanos por encima de la Ley, la expansión y multiplicación de estos derechos, el vaciamiento de poderes soberanos en pro de instancias europeas e internacionales, la descentralización política interna, la liberación económica y la primacía del mercado, la supeditación de la propiedad y la riqueza productiva al interés general o la entronización de la Justicia como poder dirimente de los conflictos y de toda clase de decisiones de los demás poderes, son algunas de las palancas de transformación que sirven para contrastar la vigencia de las instituciones jurídico-públicas y analizar las mutaciones de los viejos dogmas y la emergencia de los nuevos desde la perspectiva del principio de legalidad, del sometimiento de los poderes públicos al Derecho, cuyas peculiaridades constituyen la idiosincrasia y la razón de ser de la disciplina.

El volumen II, publicado en 2006, está dedicado al ordenamiento jurídico. Explica su estructura y la dinámica de las normas que lo integran, replanteando completamente la doctrina recibida sobre el sistema de fuentes a la luz de las aportaciones de la doctrina más reciente.

Al analizar el consabido problema de la crisis de la Ley y del correlativo avance de normas secundarias de diverso origen, el profesor Muñoz Machado afina las distintas repercusiones de la cuestión: la proliferación e hipertrofia de los productos normativos o en alteraciones sustanciales del ámbito natural de los mismos, el encaje en la cúspide del sistema de fuentes del Derecho Comunitario Europeo (tema de la predilección del autor, que ya tratara en sus obras *El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea*, y antes en *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución Española* Civitas, 1986 y 1980, respectivamente), el extendido juego del Decreto-Ley y de las fuentes gubernamentales con rango de Ley en la creación del Derecho, el peso específico de la potestad reglamentaria, de la planificación y de otras técnicas directivas de naturaleza cuasi-normativa, o la creciente dependencia que la regla de Derecho tiene de elementos y conceptos técnicos definidos normativamente extramuros de sistema jurídico son algunas de más llamativas transformaciones en el sistema objetivo de fuentes en el orden jurídico constitucional.

Junto a ello, desde una perspectiva subjetiva, la obra pone de relieve la proliferación de centros de producción de la regla de Derecho y los problemas de articulación que acarrea esta especie de metástasis de reguladores, con competencias generales o sectoriales, que es fruto de la extraordinaria complejidad del reparto de competencias normativas entre los distintos centros de poder. A la dispersión territorial de éstos, producto de la multiplicación de las Administraciones territoriales con autonomía política y de nuestra incorporación a las Comunidades europeas, se ha unido, además, una incisiva descentralización funcional de la potestad normativa en el terreno económico y productivo. En el contexto de esta otra forma de descentralización, el reconocimiento de poderes normativos a las llamadas Administraciones o autoridades independientes es un fenómeno asentado y en expansión. Más recientemente, también se ha llamado la atención sobre la creciente incorporación, por vía remisoría, de normas de origen privado al ordenamiento jurídico y del papel de la autorregulación en la ordenación de ciertos sectores, verdadero caldo de cultivo de novedosas fórmulas de creación de la regla de Derecho en las que se confunden los aspectos coercitivos con la autonomía de la voluntad y que son fenómenos certeramente Tratados en este volumen.

Tal y como el propio autor dijera en uno de sus más clásicos trabajos (*Cinco Estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Civitas, 1986) el ordenamiento jurídico ha ido “*formando poco a poco una masa, cada vez menos inteligible, dentro de la cual los aplicadores de las normas no pueden desenvolverse con facilidad ni discernir sin esfuerzo cuál es el derecho aplicable a un hecho, relación o situación jurídica determinados*”. El crecimiento incontrolado y desordenado del material normativo conlleva como



consecuencia la inmediata dificultad para conocer cuál es el Derecho aplicable, y más aún, cuál es el Derecho vigente.

Para orientar al aplicador del Derecho que permanente clama por la seguridad jurídica en este abigarrado entramado normativo, el autor depura las pautas de una nueva hermenéutica jurídica: la superioridad normativa de la Constitución (tema predilecto del Profesor Muñoz Machado, magistralmente expuesto en su obra *Constitución*, Iustel, Madrid 2004); la ordenación constitucional de la dinámica del sistema normativo e interpretativo del Derecho, con las correcciones que ha introducido la “europeización de la Constitución”; la reordenación de las relaciones internormativas en torno a los principios de jerarquía, competencia, prevalencia y supletoriedad; o los diversos mecanismos de integración normativa de las normas procedentes de las distintas Administraciones territoriales

El volumen III, aparecido en 2009, versa sobre la organización territorial del Estado y las Administraciones Públicas. La autoridad del profesor Muñoz Machado en el tema está fuera de toda cuestión. Basta recordar la importancia capital de su *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, verdadero Tratado sobre la materia editado en dos volúmenes (primera edición de Civitas, en 1987, y segunda edición –muy remozada– en Iustel, 2007) o las claves históricas de la división (y actual desvertebración) territorial del Estado y de la cuestión del Estado en España (el “problema de España” de los regeneracionistas) que analizó en su monografía sobre *El problema de la vertebración del Estado en España* (Iustel, 2006). O, en el plano ya de la Administración local, lo que ha supuesto la reciente aparición de la tercera edición actualizada y aumentada del imponente *Tratado de Derecho Municipal*, en cuatro tomos y casi cinco mil páginas, coordinado por el propio Muñoz Machado (Iustel, 2011).

Además del tratamiento debido al reparto de competencias y a los mecanismos de resolución de los conflictos de competencias en una obra de esta índole, destaca el tratamiento de los perfiles más problemáticos y lábiles de la cuestión competencial, tales como los derivados del blindaje estatutario de competencias, la determinación legal de las competencias autonómicas en la legislación sectorial, de las dificultades de integración de los desarrollos normativos en marcha de Estatutos que han sido parcialmente declarados inconstitucionales, o los efectos que dicha declaración puede tener sobre los Estatutos que, sin haber sido cuestionados por tal cosa, contienen idénticas prescripciones normativas.

Especial interés tienen los capítulos referidos a los mecanismos de inte-

gración del ejercicio de competencias, donde se ponen en evidencia la fragilidad y las fisuras del sistema. Algo especialmente alarmante en los momentos de máxima tensión del modelo constitucional que actualmente vivimos, en los que tanto en falta se hecha una doctrina del Tribunal Constitucional que verdaderamente aporte seguridad señalando los límites generales al ejercicio de las competencias autonómicas (asunto sobre el que el propio Muñoz Machado ha llamado la atención en un reciente trabajo, publicado en el núm. 15 de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, de octubre de 2010, que, parafraseando el primer apartado del artículo 147 de la Constitución española, el autor titula “Dentro de los términos de la presente Constitución”).

El IV volumen del Tratado, que ha visto la luz en 2011, lleva por título *la actividad administrativa*. En él convive el tratamiento de las instituciones clásicas en las que se encarna la teoría general del negocio jurídico público, el acto administrativo y los contratos del sector público, con un novedoso planteamiento de los fundamentos y las instituciones jurídicas de la *Regulación*: concepción amplia y general de los aspectos fundamentales de la intervención del Estado en la sociedad y vocablo de remplazo de las clásicas formas de la intervención administrativa que es entendida desde esta perspectiva como un conjunto de normas, instrumentos y técnicas de ordenación, supervisión e intervención pública de la economía y que tiene un valor de ordenación general de la misma, como ha puesto de manifiesto el profesor Muñoz Machado, junto al profesor Esteve Pardo, en el primer volumen (*Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, 2009) de la obra *Derecho de la Regulación*, compendio en diez volúmenes, coordinador por el profesor Muñoz Machado, de las peculiaridades de la regulación en cada uno de los principales sectores de la economía. Sobre la disciplina jurídica de la regulación se han publicado muchos estudios monográficos en los últimos años, pero era precisa una sistematización y explicación general, que es el objeto fundamental de la segunda parte de este IV volumen del *Tratado*.

Al trazar el tránsito de las concepciones conceptuales de la dogmática iuspublicista clásica, a partir de las formulaciones de la doctrina europea de principios del siglo XX, hasta la vigente fórmula del Estado regulador y del Estado garante, el autor replantea el tema central de la evolución de la secular categoría del servicio público y de su reciente proceso de reconversión. La categoría que sirviera antaño a Duguit y a la Escuela de Burdeos como criterio delimitador del ámbito del Derecho Administrativo y definidora de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ha sufrido una transformación radical al socaire de los “servicios de interés económico general” alumbrados en su día por el Tratado de la Comunidad Económica Europea. Esta

otra categoría ha acabado por desplazar la técnica tradicional del servicio público en los grandes servicios en red y los sectores retenidos por una suerte de “recreación” del mercado que pretende, mediante técnicas de regulación, equilibrar la tensión entre el interés público y los intereses privados que se concitan en este tipo de actividades económicas. Equilibrio que implica reconocer rasgos de *esencialidad* en estas prestaciones respecto de las necesidades de los ciudadanos y que se traduce, principalmente, en un conjunto de limitaciones y de obligaciones para los operadores, entre las que destacan la prestación de “obligaciones de servicio público” y la garantía de un “servicio universal”. Con esta última fórmula se pretende cubrir las carencias del mercado para prestar servicios que se consideran esenciales para todos los ciudadanos y que, por ello, no pueden depender del juego de la oferta y la demanda ni del ánimo de lucro. El servicio universal, como la obligación de servicio público más importante de todas, representa el estándar comunitario en el acceso a un conjunto de prestaciones básicas previamente definidas, con una calidad suficiente, ofertado en todo el territorio a un precio razonable y a todos los usuarios, con independencia de cuál sea el operador que contraten y de cuáles las circunstancias geográficas y económicas en las que se desarrolla la oferta.

Pero el alcance que el profesor Muñoz Machado da al ámbito y al objeto de la regulación es bastante más amplio y no se limita a la estricta ordenación y supervisión de los mercados, lo que le permite extender el concepto y proyectar las potestades y técnicas de la regulación a muchos otros ámbitos, como la organización (la creación de Agencias regulatorias es una clara proyección de esta técnica), el procedimiento administrativo (las reglas de transparencia y de simplificación) o la generación de nuevos principios de control de las potestades de regulación. Asimismo, el autor reconfigura de forma totalmente novedosa las técnicas tradicionales de la policía administrativa (y la dulcificación de las mismas a raíz de la Directiva Bolkestein) desde la regulación de los derechos subjetivos, lo que hace partiendo de una sugerente revisión crítica de la doctrina sobre las diferencias entre los derechos en función de que requieran o no prestaciones positivas de los poderes públicos para su realización o ejercicio. Este mismo enfoque es el que, a su vez, le permite situar la actividad de fomento en clave de regulación de empresas y mercados. La concepción de la regulación como técnica de ordenación de derechos le permite finalmente al autor considerar también bajo esta óptica (y la de los límites de la regulación) las potestades ablatorias de la propiedad y de los derechos patrimoniales legítimos y el régimen de intervención de empresas.

Por así decirlo, toda la parte especial del Derecho Administrativo quedaría, pues, bajo el paraguas teórico y conceptual de la regulación, donde enca-

jaría, reformada en todas sus manifestaciones, la tríada tradicional que diferenciaba dentro de la intervención administrativa las actividades de servicios público, policía y fomento.

A falta del quinto y último volumen, los cuatro primeros volúmenes del Tratado suman casi cinco mil páginas y, cuando la obra esté terminada, superará las seis mil. Rara conjunción de rigor, erudición y enciclopedia (impone imaginar el titánico esfuerzo que habrá supuesto el ingente manejo de tal cantidad de datos legales, jurisprudenciales y bibliográficos, tan exhaustivos como actualizados), el Tratado del profesor Muñoz Machado es, además de un verdadero Tratado –en el sentido genuino que notábamos al principio–, una “obra de autor”. Lo es tanto desde el punto de vista del método como del contenido, que refleja claramente las concepciones del autor; pero también es una obra de autor en su forma, que revela un diseño absolutamente personal en el modo de exposición de los contenidos, con la facilitadora ayuda de los subepigrafiados al margen correlativamente numerados, y en la elaboración de los útiles índices analíticos, de materias y autoridades.

Resulta imprescindible seguir la reconstrucción de las exposiciones teóricas, sus proyecciones prácticas y la información inmensa de esta magna obra, por cualquier estudioso, especialista u operador jurídico ordinario que tenga que manejar las instituciones y las técnicas del Derecho Administrativo y del Derecho Público general, y desee conocer su verdadera proyección y significado en el marco constitucional y comunitario europeo actual.

*Juan Antonio Carrillo Donaire*

**GARCÍA URETA, Agustín, *Derecho Europeo de la Biodiversidad (Aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna)*, Iustel, Madrid 2010, 751 pp.**

Debo comenzar esta recensión del Derecho Europeo de la Biodiversidad (Aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna) presentando a su autor. El Profesor GARCÍA URETA es Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad del País Vasco. Es un brillante profesor y jurista que ha entregado su vida a la investigación y a la docencia. Son destacadas sus aportaciones en materia de Evaluación de Impacto ambiental (Marco jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994 –esta fue su tesis doctoral–), control integrado de la contaminación industrial (*Régimen de prevención y control integrados de la contaminación*, Zaragoza, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, 2004), procedimiento administrativo (*La Comisión Arbitral de País Vasco: régimen jurídico y resoluciones (1999–2002)*, Inst. Vasco de Administración Pública, 2003 y *Procedimiento Administrativo y Derecho Comunitario: Silencio Administrativo, Nulidad y Anulabilidad de los Actos en la Ley 30/1992* (IVAP, Oñati, 2004), Inspección (*La potestad inspectora de las administraciones públicas*, Marcial Pons, 2006 y *La potestad inspectora en el Derecho comunitario*, Iustel, Madrid, 2008.) etc.

Sin embargo, es obvio que sobre todos estos méritos sobresale uno de forma innegable: GARCÍA URETA, destacado miembro del grupo Avosseta, *es el mejor especialista europeo en Derecho de la biodiversidad*. Es el gran conocedor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Derecho europeo de la biodiversidad. El libro que ahora recensionamos es el fruto de más de 20 años de especialización que ha dado como fruto una larga serie de estudios y el previo libro *Protección de hábitats y especies de flora y fauna en Derecho comunitario Europeo: Directivas 79/409 y 92/43*, IVAP 1997 y numerosos artículos científicos – el último de los cuales, a día de hoy, es *The Habitats Directive and jails: why the Spanish Supreme Court has got it wrong*, “Environmental Liability”, núm. 2, 2011, pp. 53–62.

Las instituciones europeas se han embarcado en un esfuerzo por la defensa de los hábitats y de las especies, concretado en la aprobación de la Directiva 79/409, relativa a las aves silvestres (actual Directiva 2009/147, tras su codificación), y la adopción de la Directiva 92/43, relativa a los hábitats y especies de fauna y flora, que constituyen el objeto principal, aunque no único, de este libro. Estas dos Directivas forma parte del núcleo de hormigón armado del Derecho Ambiental europeo. La jurisprudencia ambiental del TJCEE (hoy TJUE) trae causa en gran parte de estas dos Directivas.

Este verdadero Tratado del Derecho de la Biodiversidad se estructura en cinco grandes Capítulos: 1) Los convenios internacionales en materia de biodiversidad de relevancia para la Unión Europea; 2) La competencia ambiental de la Unión Europea y su aplicación en el caso de la biodiversidad; 3) La Directiva 2009/147 relativa a las aves silvestres; 4) La Directiva 92/43, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres; y 5) conclusiones sobre las directivas 2009/147 y 92/43.

En el Capítulo I, el autor analiza los grandes convenios internacionales y regionales (europeos) en la materia: el *Convenio sobre la diversidad biológica (1992)* (objetivos, *medidas generales, conservación in situ y ex situ*, evaluación de impacto ambiental, acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios de su utilización, acceso a las tecnologías y conocimientos tradicionales, biotecnología y el Protocolo de Cartagena (2000)); el *Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural de Europa (1979)* (ámbito territorial del convenio, medidas generales y políticas de conservación, *hábitats, especies*, medidas de protección, zonas protegidas: la red esmeralda); el *Convenio sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (1979)*; el *Convenio relativo a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas (1971)* (noción de humedal a los efectos del convenio, designación de humedales de «importancia internacional», retirada de humedales de la lista, planificación para la conservación de los humedales); y, por último, el *Convenio sobre comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres (CITES 1973)* (régimen de las especies en el *Convenio de los apéndices i, ii y iii, noción de actividad comercial y requisitos de exportación e importación exenciones, reservas, cupos*, aspectos uniformizadores en el Convenio, cuestiones sobre la aplicación del CITES). Este último objeto se complementa en el Capítulo VI de la obra abordando la aplicación del Convenio CITES en la Unión Europea a través del Reglamento 338/97.

En el Capítulo II, “La competencia ambiental de la Unión Europea y su aplicación en el caso de la biodiversidad” constituye una valiosa aportación a la teoría general del Derecho ambiental europeo. En este Capítulo se abordan lo que mi Maestro el Prof. PÉREZ MORENO ha denominado con acierto las “bases constitucionales del Derecho Ambiental europeo”. Estudia así la política ambiental de la Unión Europea, sus objetivos y principios –Sostenibilidad, Nivel de protección, Principio de integración, Principio de cautela o de precaución, Acción preventiva, Corrección en la fuente, Quien contamina paga), la distribución competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros en materia ambiental, la base legal para la adopción de medidas para la protección del ambiente –bases legales ambientales (art. 192 TFUE), *otras bases le-*

*gales a considerar, adopción de medidas más estrictas*, el art. 193 TFUE (anterior art. 176 TCE) y el art. 114 TFUE (anterior art. 95 TCE)).

En el Capítulo III “La Directiva 2009/147 relativa a las aves silvestres” es uno de los núcleos duros de la obra. Parte GARCÍA URETA del estudio de la estructura de la Directiva y el ámbito de aplicación (*ámbito territorial, ámbito material –concepto de «especie»; aves en estado salvaje y en cautividad*, Asunto C–202/94, *van der Feesten*, Aves en cautividad–, ámbito transfronterizo, noción de patrimonio común en el caso de las aves silvestres *en la jurisprudencia del TJCE*, responsabilidad común, otras normas internacionales a tener en cuenta en el caso de la Directiva 2009/147). Examina a continuación la obligación de clasificar ZEPAS, el marco general de las obligaciones de la Directiva, su alcance jurídico y relación entre los arts. 3 y 4 de la Directiva, los criterios para la clasificación de ZEPAS en el art. 4 de la Directiva margen de apreciación de los estados miembros a la hora de designar ZEPAS, la imposibilidad de tener en cuenta aspectos socioeconómicos al clasificar las ZEPAS, la virtualidad jurídica de los inventarios de las zonas importantes para la avifauna (IBA) en la Unión Europea –*doctrina establecida en el asunto c–3/96* e ulterior jurisprudencia. Resaltamos en este capítulo el apartado relativo a las especies y su número a los efectos de su consideración como ZEPAS (*supuestos extremos en la jurisprudencia, consideración expresa por la jurisprudencia de los criterios contenidos en los Inventarios de las zonas importantes para la avifauna en la Unión Europea*), la obligación de clasificar ZEPAS y la desclasificación de ZEPAS –con particular examen de *los asuntos C–57/89 R y C–57/89*, Comisión v. Alemania (Leybucht), Asunto C–57/89 R: Solicitud de medidas cautelares, Asunto C–57/89 y la *posterior jurisprudencia al asunto C–57/89* así como las medidas de protección de las ZEPAS (*las medidas exigidas por los arts. 3 y 4 de la directiva, las obligaciones de protección en el art. 4 (apartados 1 y 2)*), la jurisprudencia del TJCE sobre las medidas de protección de las ZEPAS, la evitación de deterioro: alcance del art. 4.4 de la Directiva y jurisprudencia relevante –Asunto C–355/90 (*marismas de Santoña*), Asunto C–166/97 (*Estuario del Sena*), Asunto C–96/98 (*Marais Poitevin*), Asunto C–418/04, *Comisión v. Irlanda* y Asunto C–186/06, *Comisión v. España*–.

Así los criterios para la clasificación como zona de protección especial para las aves no son discrecionales sino reglados y vienen determinados por la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres (anterior Directiva 1979/409). El criterio decisivo nos expone GARCÍA URETA es la clasificación conforme criterios ornitológicos, determinados por la Directiva, tales como, por una parte, la presencia de aves enumeradas en el Anexo I y, por otra, la calificación de un hábitat como zona húmeda. Esta es la doctrina jurisprudencial imperante desde la STJCE Luxemburgo (Pleno) de 2 agosto de

993, TJCE 1993\126, Asunto C-355/90, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, en relación con las Marismas de Santoña. El criterio jurisprudencial consolidado es el ornitológico basado en informes y datos científicos (STJCE de 13 de diciembre de 2007, Asunto C-418/2004, *Comisión contra Irlanda* (TJCE 2007/370). Y existen supuestos en los que una presencia limitada de aves obliga a la designación como ZEPA (Asunto C-378/98, *Comisión contra Francia*, Asunto C-2009/04 –presencia de 3-5 aves en este caso *Crex crex* (guión de codornices) o presencia de entre 6 y 9 parejas de avefría y entre 1 ó 12 zarapito real en las zonas no designadas como ZEPAS-.

También destacamos en el seno de la obra otro núcleo central que lamentablemente muchas veces es desconocido incluso por las propias Administraciones. Me refiero al apartado de la Directiva 2009/147 y la práctica de la caza en el que el cuerpo legal y jurisprudencial es especialmente técnico y frondoso (aves silvestres que pueden ser objeto de caza, garantías generales respecto de la caza en el art. 7 de la Directiva, doctrina de los asuntos c-157/89, *Comisión v. Italia*, y C-435/92, *association pour la protection des animaux sauvages*, principio de protección completa y criterios para fijar los períodos de veda, la posibilidad de fijar fechas escalonadas para las distintas especies, la veda de caza en fechas diferentes dependiendo de diferentes «regiones», veda de la caza y división artificial del territorio el período de celo, criterios para la apertura de los períodos de caza esquema, comercialización de las aves silvestres en la Directiva) 2009/1473 y excepciones a las prohibiciones de los arts. 5-8 de la Directiva).

En el Capítulo IV “La Directiva 92/43, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres” no sólo examina esta importante norma sino que le permite el análisis de normas horizontales del Derecho Ambiental como la Evaluación de Impacto Ambiental o la Responsabilidad por daños ambientales.

Resaltamos entre los aspectos abordados los siguientes: génesis de la Directiva 92/43, estructura –*definiciones, objetivos, sistema jurídico de protección* ámbito de aplicación de la Directiva –territorial y material–, las zonas de especial conservación en la Directiva 92/43, relación con las ZEPAS, RED NATURA 2000, *noción de «red»: sus implicaciones, «coherencia» de la red Natura 2000*, clasificación de las ZECS: aspectos generales del procedimiento de designación desclasificación de las zonas de especial conservación, régimen de protección de las zonas de especial conservación en el art. 6 de la Directiva 92/43, régimen de evaluación de impacto ambiental en la Directiva 92/43, régimen de excepciones que establece el apartado 4 del art. 6 para ejecutar actividades en ZE-



PAS, LICS y ZECS, *importancia de las alternativas y de las medidas compensatorias en los dictámenes de la Comisión*, introducción de especies, paisaje en la Directiva 92/43 y, por último, Red Natura 2000 y financiación. Como fácilmente puede observarse no es una exageración que llamemos a este libro Tratado.

El Capítulo V lo dedica el autor a las conclusiones sobre las directivas 2009/147 y 92/43. Demuestra una vez más su compromiso con la investigación redactando este capítulo. El autor ha escrito para dar a conocer, para examinar críticamente las normas y renuncia a la comodidad de un estudio sin conclusiones. En estas páginas conclusivas realiza una verdadera síntesis de los elementos centrales del Derecho de la Biodiversidad europeo en las Directivas 79/409, relativa a las aves silvestres (actual Directiva 2009/147, tras su codificación), y la Directiva 92/43, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

En suma, el libro analiza todas las dimensiones del Derecho de la Biodiversidad hasta superarlo críticamente y desembocar en propuestas de gran valor creativo o cuestionando la misma transposición del Derecho Ambiental Europeo, demostrando así el autor una gran capacidad de penetración en las instituciones y en la percepción de los principios jurídicos. Es evidente que esta obra aborda, plantea y ofrece respuestas claves de nuestro ordenamiento jurídico-ambiental que deben considerarse como sólida base en futuros estudios sobre la materia. Los años de experiencia docente investigadora y profesional rezuman por los poros de la obra. El despliegue y manejo de la jurisprudencia es sencillamente espectacular. GARCÍA URETA ha barrido literalmente toda la existente en torno a las Directivas 2009/147 relativa a las aves silvestres y 92/43 sistematizándola, analizándola y criticándola. El discurso, *que es propio*, se construye, adorna y enriquece con la sólida base jurisprudencial y doctrinal. En sentido nos hallamos ante una obra de madurez intelectual que, a nuestro juicio, se añade con plena legitimidad a la colección de las mejores monografías en Derecho ambiental.

Jesús JORDANO FRAGA



# BIBLIOGRAFÍA

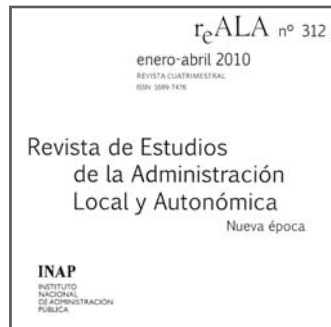


## Bibliografía sobre Derecho Autonómico Mayo-Agosto 2011

- AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre* (Dir. Ignacio Sáez), Ed. Cívitas, Pamplona, 2011. ISBN: 978-84-470-3622-6.
- AA.VV.: *Estudios sobre la Ley de Autonomía Local de Andalucía (LAULA) y la Ley de Participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía* (Coord. Manuel Zafra Víctor), Ed. CEMCI, Granada, 2011. ISBN: 978-84-88282-95-8.
- AA.VV.: *La disciplina urbanística en Andalucía* (Coords. M<sup>a</sup> Asunción Torres López y Estanislao Aranda García), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. ISBN: 978-84-9004-107-9.
- AA.VV.: *Reforma estatutaria y régimen local* (Dir. Luis M. Cosculluela Montaner), Ed. Cívitas, Pamplona, 2011. ISBN: 978-84-470-3613-4.
- AA.VV.: *Los Nuevos Marcos de Relaciones Laborales en el Renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. ISBN: 978-84-9004-045-4.
- AA.VV.: *Sistema Fiscal Español (Impuestos Estatales, Autonómicos y Locales)* (Coords. Gaspar de la Peña Velasco, Ramón Falcón y Tella, Miguel Ángel Martínez Lago), Ed. Iustel, Tercera edición, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-9890-160-3.
- AA.VV.: *Organización territorial en España y Latinoamérica. Perspectivas constitucionales y comparación de sistemas* (Coords. Miguel Revenga Sánchez y Emilio Pajares Montolio), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. ISBN: 978-84-9004-116-1.
- DEL CASTILLO GARCÍA, M.: *La tramitación y aprobación de los planes urbanísticos municipales*, Ed. La Ley-El Consultor, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-7052-592-6.
- GARCÍA JUAN, L.: *Extranjería básica para funcionarios de la Comunidad Valenciana*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. ISBN: 978-84-9004-175-8.

- MENÉNDEZ REXACH, A.; IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: *Lecciones de Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. ISBN: 978-84-9004-289-2.
- REMOTTI CARBONELL, J.C.: *El Estatuto de Autonomía de Cataluña y su Interpretación por el Tribunal Constitucional*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2011. ISBN: 978-84-7698-962-3.
- RENYER ALIMBAU, J; FUENTES GASÓ, J. R.; SOTO VALLE, J. I.; FORCADELL ESTELLER, X.: *Estudis per a una Llei de Governos Locals de Catalunya 2007-2011*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. ISBN: 978- 84-9004-083-6.
- SARMIENTO LARRAURI, J. I.: *Orígenes de la Administración periférica en España*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011. ISBN: 978-84-470-3790-2.
- SALOM PARETS, A.: *Las limitaciones al crecimiento poblacional y espacial establecidas por la normativa territorial y urbanística*, Ed. INAP, Madrid, 2011. ISBN: 978-84-7351-409-5.

Javier E. Quesada Lumbreras  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada



# Sumario

---

|             |  |     |
|-------------|--|-----|
| I. ESTUDIOS | La autonomía local en Alemania a los dos siglos de su nacimiento<br>Local self-government in Germany two centuries after its birth: legal and institutional position<br><i>Ricard Gracia Retortillo</i>  | 9   |
|             | Descentralización, autonomía y entidades de ámbito territorial inferior al municipal<br>Decentralization, autonomy and smaller local government entities<br><i>José Luis Blasco Díaz</i>   | 47  |
|             | Evolución del sistema institucional como parámetro de autogobierno. En particular el entramado organizativo de Castilla y León<br>Evolution of the institutional system as a selfgovernment parameter. In particular, the organizational framework in Castilla and Leon<br><i>Luis Ángel Ballesteros Moffa</i> | 81  |
|             | La articulación jurídica del fenómeno metropolitano en Andalucía<br>The legal status of the metropolitan areas in Andalusia<br><i>Francisco Toscano Gil</i>  | 103 |
|             | La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura<br>Power-sharing between the State and Spanish autonomous regions on the subject of Agriculture<br><i>Manuel Rodríguez Portugués</i>   | 127 |

---

|                        |   |     |
|------------------------|---|-----|
| II. CASOS Y DOCUMENTOS | La participación ciudadana en el ámbito local: experiencias<br>The civil participation in the local area: experiences<br><i>Sergio Castel Gayán</i> | 181 |
|------------------------|---|-----|

---

|                  |  |     |
|------------------|--|-----|
| III. RECENSIONES | <i>Varios autores</i>  |     |
|                  | Anuario aragonés del Gobierno Local 2009. Institución “Fernando el Católico” (organismo autónomo Diputación de Zaragoza), Zaragoza, 2010.<br>(Recensión: Carlos Navarro del Cacho)   | 209 |
|                  | <i>Hank V. Savitch y Paul Kantor</i>   |     |
|                  | Las ciudades en el mercado internacional. La economía política del desarrollo urbano en Norteamérica y Europa Occidental, Ayuntamiento de Madrid y Editorial Bayer Hermanos, S.A., Barcelona 2010, 719 págs.<br>(Recensión: Carmen Pineda Nebot) | 212 |
|                  | <i>Xavier Boltaina Bosch</i>   |     |
|                  | La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona 2010, 179 págs.<br>(Recensión: Carmen Pineda Nebot)  | 217 |
|                  | <i>Pedro Asensio Romero</i>  |     |
|                  | Marketing municipal. Editorial Díaz de Santos, 2008, 200 págs.<br>(Recensión: Ignacio Martín Granados)   | 221 |
|                  | <i>A. Embid Irujo</i>  |     |
|                  | La potestad reglamentaria de las Entidades Locales, Iustel, Madrid, 2010, 199 págs.<br>(Recensión: Patricia Vacárcel Fernández)  | 225 |

---

|             |     |
|-------------|-----|
| IV. AUTORES | 231 |
|-------------|-----|

---

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| V. SUMARIOS DE OTRAS REVISTAS | 235 |
|-------------------------------|-----|

---



I A A P