

# Administración de Andalucía

## Revista Andaluza de Administración Pública

■ 82/2012  
Enero-Abril

### ESTUDIOS

*Severiano Fernández Ramos*

Aproximación a la Ley 7/2011 de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía

*Pilar Bensusan Martín*

Nuevas perspectivas de la costumbre en el Derecho Administrativo

*José Vicente Lorenzo Jiménez*

La asistencia jurídica en el procedimiento administrativo

*Mariola Rodríguez Font*

Sobre el déficit regulador y jurisdiccional en la gestión pública del riesgo

### JURISPRUDENCIA

#### Comentarios de Jurisprudencia

El incumplimiento del plazo de elaboración del Plan de Ordenación del Territorio del litoral de Huelva y su trascendencia  
*(M<sup>º</sup> del Amor Albert Muñoz)*

La legitimación activa de las administraciones públicas en materia de urbanismo: problemas procesales  
*(Daniel Del Castillo Mora)*

#### Notas de Jurisprudencia

#### CRÓNICA PARLAMENTARIA

El programa del Gobierno de Coalición  
*(Manuel Medina Guerrero)*

#### DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Envases comerciales y productos alternativos: consideraciones jurídicas en torno a la problemática de las bolsas de un solo uso y reutilizables a la luz de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados  
*(Victor M. Moralo Iza)*

#### RESEÑA LEGISLATIVA

#### NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: Los mecanismos de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera. Un paso hacia la consolidación del estado de las autonomías

#### NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

#### BIBLIOGRAFÍA



Instituto Andaluz de Administración Pública  
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



UNIVERSIDAD  
de SEVILLA





# ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

## REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**Nº 82**

---

**Enero-Abril 2012**

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)*  
Becerra Bermejo, María Concepción. *Directora del Instituto Andaluz de Administración Pública.*  
*Junta de Andalucía.*

Cámara Villar, Gregorio. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.*  
Castilla Guerra, María Teresa. *Directora General de Planificación y Organización de los Servicios*  
*Públicos. 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.*

Jiménez López, Jesús. *Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.*

Maíllo Cañadas, Antonio. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía.*

Mayo López, M<sup>a</sup> Isabel. *Directora General de Recursos Humanos y Función Pública. Junta de Andalucía.*

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.*

Puyá Jiménez, Rafael. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia 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.*

### Secretaria:

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

### Consejo de Redacción:

Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*

Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*

Jordano Fraga, Jesús. *Catedrático 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. *Catedrático 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> Aproximación a la Ley 7/2011 de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía	13
<i>Pilar Bensusan Martín</i> Nuevas perspectivas de la costumbre en el Derecho Administrativo	73
<i>José Vicente Lorenzo Jiménez</i> La asistencia jurídica en el procedimiento administrativo	119
<i>Mariola Rodríguez Font</i> Sobre el déficit regulador y jurisdiccional en la gestión pública del riesgo	161

---

## JURISPRUDENCIA

### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

El incumplimiento del plazo de elaboración del Plan de Ordenación del Territorio del litoral de Huelva y su trascendencia. <i>(M<sup>a</sup> del Amor Albert Muñoz)</i>	201
La legitimación activa de las Administraciones Públicas en materia de urbanismo: problemas procesales. <i>(Daniel Del Castillo Mora)</i>	229

### NOTAS DE JURISPRUDENCIA

#### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios Jurídicos Básicos.- IV. Instituciones de Estado.- V. Fuentes.- VI. Organización Territorial del Estado.- VII. Economía y Hacienda.- <i>(Francisco Escribano López)</i>	255
--	-----

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.-	335
Tribunal Supremo ( <i>José I. López González</i> )	
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ( <i>José L. Rivero Ysem</i> )	359

---

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

El programa del Gobierno de coalición. ( <i>Manuel Medina Guerrero</i> )	385
---	-----

---

## DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Envases comerciales y productos alternativos: Consideraciones jurídicas en torno a la problemática de las bolsas de un solo uso y reutilizables a la luz de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados ( <i>Víctor M. Moralo Iza</i> )	401
---	-----

# RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de las Unión Europea <i>(Lucía Millán Moro)</i>	429
Crónica normativa de la Junta de Andalucía. <i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	465
Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica. <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	491

---

# NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

<b>INFORME:</b> Los mecanismos de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera. Un paso hacia la consolidación del estado de las autonomías. <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	501
--	-----

---

# NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

<i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	509
------------------------------	-----

# RECENSIONES

## RECENSIONES

- COSCULLUELA MONTANER, L. y CARBONELL PORRAS, E., (Dir.),  
MEDINA ALCOZ, L., (Coord.), *Reforma estatutaria y régimen local*  
(*Lourdes de la Torre Martínez*) 521
- VV.AA., PÉREZ MARÍN, A. (Dir.), *Derecho de las aguas continentales*  
(*A propósito de la Ley de Aguas para Andalucía con comentario a*  
*su articulado*). Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y  
Puertos-Iustel, Madrid 2011  
(*Jesús Jordano Fraga*) 529
- TAVARES DA SILVA, S., *Direito da Energia*, Ed. Coimbra, 2011  
(*Isabel González Ríos*) 535
- GONZÁLEZ RÍOS, I., *Régimen jurídico-administrativo de las energías*  
*renovables y de la eficiencia energética*, Aranzadi-Thomson Reuters,  
Cizur Menor, 2011, 375 págs.  
(*Antonio José Sánchez Sáez*) 540
- MARTÍN VALDIVIA, S. M<sup>a</sup> (Coord.), AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.,  
CUESTA REVILLA, J., JIMÉNEZ SANJUÁN, M.A., *La gestión*  
*urbanística en Andalucía*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011  
(*Javier E. Quesada Lumbreras*) 545
- 

# BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTÓNOMICO**  
(*Javier E. Quesada Lumbreras*) 553

# 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





# Aproximación a la Ley 7/2011 de documentos, archivos y patrimonio documental de Andalucía

*Severiano Fernández Ramos*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Sobre la necesidad de una nueva Ley de Archivos. 2. Aspectos generales de la Ley 7/2011. II. LOS DOCUMENTOS DE TITULARIDAD PÚBLICA. 1. Documentos de titularidad pública y Patrimonio Documental de Andalucía. 2. Delimitación de los documentos de titularidad pública. 3. Régimen jurídico de los documentos de titularidad pública. III. EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE ANDALUCÍA. 1. Concepto de Patrimonio Documental de Andalucía. 2. Documentos del Patrimonio Documental de Andalucía. A. Documentos de titularidad pública. B. Documentos de titularidad privada. 3. Régimen jurídico del Patrimonio Documental de Andalucía. A. Integridad del Patrimonio Documental de Andalucía. B. Deber de información. C. Derechos de tanteo y retracto. D. Otros deberes de los titulares y poseedores de documentos privados. E. Traslados de documentos de titularidad privada. F. Depósito forzoso. G. Expropiación forzosa y medidas de fomento. IV. EL SISTEMA ARCHIVÍSTICO DE ANDALUCÍA. 1. Conceptos. 2. Órganos del Sistema Archivístico de Andalucía. A. Los órganos ejecutivos. B. Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos. C. Comisión del Sistema Archivístico de Andalucía. 3. Régimen de los archivos del Sistema Archivístico de Andalucía. 4. Archivos de la Junta de Andalucía. A. Clasificación de los archivos. B. El Archivo del Parlamento de Andalucía y los archivos de las instituciones de autogobierno. C. Los archivos centrales. D. Los archivos provinciales intermedios. E. Archivo General de Andalucía. F. Archivos Históricos Provinciales. 5. Otros archivos del Sistema Archivístico de Andalucía. A. Archivos de las entidades locales de Andalucía. B. Archivos de las universidades públicas de Andalucía. C. Otros Archivos. 6. El Censo de Archivos de Andalucía. V. LA GESTIÓN DOCUMENTAL. 1. Concepto y funciones de la gestión documental. 2. La gestión documental en la Junta de Andalucía. VI. EL ACCESO A LOS DOCUMENTOS. 1. Acceso a los documentos de titularidad pública. 2. Acceso a los documentos de titularidad privada. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:**

En este estudio se analizan las novedades que aporta la reciente Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, la cual constituye una importante renovación de la ordenación del Patrimonio Documental de Andalucía, en que se insertan documentos de titularidad pública y de titularidad privada, así como del Sistema Archivístico de Andalucía (sus órganos y estructuras), así como supone la introducción del sistema de gestión documental y el reconocimiento de la relevancia actual del derecho de acceso a los documentos.

Palabras claves: Archivos. Documentos. Patrimonio Cultural. Acceso a la información pública.

**ABSTRACT:**

This study examines innovations that brings the recent law 7/2011, 3 November, documents, archives and documentary property of Andalusia, which constitutes a major renovation of the management of the documentary heritage of Andalusia, which inserted documents of public ownership and private ownership, as well as the Archivístico system of Andalucía, as well as the introduction of the document management system and the recognition of the current relevance of the right of access to documents.

keywords: Archives. Documents. Cultural property. Access to public information.

**I. INTRODUCCIÓN****1. Sobre la necesidad de una nueva Ley de Archivos**

Andalucía fue la primera Comunidad Autónoma en aprobar, ya en su primera legislatura, una ley de archivos: la Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos (en adelante Ley 3/1094), que, por ende, fue la primera ley de archivos de nuestra historia. Asimismo, la Ley 3/1984 fue una norma pionera, pues concibió principios, criterios y técnicas que serían adoptados tanto por el Estado, en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE), como por la mayoría de las Comunidades Autónomas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ley de Cataluña 6/1985, de 26 de abril, de Archivos (derogada); Ley de Aragón 6/1986, de 28 de noviembre, de Archivos; Ley de Canarias 3/1990, de 22 de febrero, de Patrimonio Documental y Archivos; Ley de la Región de Murcia 6/1990, de 11 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental; Ley de Castilla-León 6/1991, de 19 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993, de 21 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental; Ley de La Rioja 4/1994, de 24 de mayo, de Archivos y Patrimonio Documental.

Así, entre las innovaciones introducidas por la Ley 3/1984 cabe destacar las siguientes: la ordenación conjunta pero diferenciada del Patrimonio Documental, como parte integrante del Patrimonio Histórico, y de los Archivos, como instituciones ligadas a la conservación y difusión del Patrimonio Documental; la ampliación tanto del Patrimonio Documental de titularidad pública (documentos de Corporaciones de Derecho Público y de gestores privados de servicios públicos) como de titularidad privada (reducción significativa del plazo de integración en el PD de los documentos de ciertas entidades privadas que “realizan actividades de interés público”); la *cuasi* “demanialización” de los documentos de titularidad pública (pues se declaran inalienables, imprescriptibles e inembargables); el intento de articular un Sistema coherente de Archivos, integrado por todos los archivos de uso público de competencia autonómica, independientemente de su titularidad –autonómica, estatal, local o privada–, determinación que sería ratificada por el Tribunal Constitucional (STC 103/1988); o la primera ordenación legal del ejercicio del derecho de acceso a la documentación<sup>2</sup>.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que el planteamiento fundacional de la Ley 3/1984 de configuración de los archivos como instituciones culturales, vinculadas exclusivamente a la conservación y difusión de una faceta del Patrimonio Cultural, era excesivamente reduccionista del papel que los archivos públicos están llamados a desempeñar en el actual sistema de gestión administrativa y como garantía del principio de transparencia de la actuación pública. Además, en estos lustros de vigencia de la Ley 3/1984 han sido muchos y profundos los cambios normativos acaecidos en el ordenamiento jurídico, tanto estatal, como autonómico. Y en este contexto debe destacarse la renovación legislativa experimentada en el resto de leyes andaluzas relativas al patrimonio cultural, en especial, tras la aprobación de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía<sup>3</sup>.

En todo caso, no ha supuesto en esta materia cambio significativo el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. En efecto, el Estatuto –art. 68.3– es-

---

<sup>2</sup> Véase FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: “La Ley de Archivos de Andalucía. Una experiencia”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. extraordinario, 2/2003, *Veinte años de vigencia del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Desarrollo de las competencias autonómicas*, Volumen I, pp. 235–269.

<sup>3</sup> También debe destacarse que la contemporánea Ley 2/1984, de 9 de enero, de Museos, fue sustituida por la Ley 8/2007, de 5 de octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía. Y antes aún la Ley 8/1983, de 3 de noviembre, de Bibliotecas fue derogada por la Ley 16/2003, de 22 de diciembre, del Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación. De este modo, la Ley 3/1984 de Archivos era la última ley en materia de patrimonio cultural por renovar.

tablece que corresponde a la Comunidad Autónoma, la competencia exclusiva sobre archivos (museos, bibliotecas y demás colecciones de naturaleza análoga) que no sean de titularidad estatal. Asimismo, la Comunidad Autónoma asume competencias ejecutivas sobre los museos, bibliotecas, archivos y otras colecciones de naturaleza análoga de titularidad estatal situados en su territorio cuya gestión no se reserve el Estado, lo que comprende, en todo caso, la regulación del funcionamiento, la organización y el régimen de su personal –art. 68.2<sup>4</sup>. Sin embargo, estas atribuciones no suponen una alteración sustancial de lo ya previsto en el Estatuto de 1981 –arts. 13.28 y 17.4–, el cual ya había agotado las posibilidades competenciales admitidas por la Constitución, la cual reserva al Estado la competencia exclusiva sobre archivos (museos y bibliotecas) de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas –art. 149.1.28 CE–<sup>5</sup>.

## 2. Aspectos generales de la Ley 7/2011

El proyecto de Ley de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental tuvo una cómoda tramitación parlamentaria<sup>6</sup>. De hecho, aun cuando fueron rechazadas las enmiendas tanto del Grupo Popular como del Grupo IU–Los Verdes, el Pleno del Parlamento aprobó el dictamen de la Comisión por unanimidad, quedando aprobada la que sería la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía (en adelante Ley 7/2011)<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Además, el Estatuto añade que la Junta de Andalucía colaborará con el Estado a través de los cauces que se establezcan de mutuo acuerdo para la gestión eficaz de los fondos del Archivo de Indias y de la Real Chancillería –art. 68.4–. Véase sobre el artículo 68 del Estatuto, E. ARANA GARCÍA, «Competencias sobre cultura y patrimonio», *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Muñoz Machado y Rebollo Puig (Dirs.), Thomson–Civitas, Madrid, 2008, pp. 657 y ss.

<sup>5</sup> Sobre la distribución de competencias en materia de archivos y patrimonio documental, véase FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio: «La legislación sobre archivos: régimen vigente y retos futuros», Tabula, 10, *Combates por la memoria: archivística de la posmodernidad*, 2007, pp. 255 y ss.

<sup>6</sup> De entrada, el proyecto no recibió ninguna enmienda a la totalidad, por lo que superó sin problema alguno el debate de totalidad del proyecto. *DSPA* Plenos núm. 121, 8 de junio de 2011, pp. 20 y ss. Una vez admitido a trámite, el Grupo Popular formuló 54 enmiendas, de las cuales la inmensa mayoría eran meras propuestas de cambio de estilo, y en algunos casos se proponía una pequeña adición o modificación, pero sin llegar a constituir una modificación de calado<sup>6</sup>. Por su parte, el Grupo IU–Los Verdes se limitó a formular dos enmiendas de carácter circunstancial (referidas a impulsar la indagación de fondos documentales de entidades privadas y a negociar la cesión de fondos documentales del Estado generados en la Comunidad). Asimismo, el Grupo Parlamentario Socialista formuló apenas cuatro enmiendas (pues dos no tienen nada que ver con los archivos, se refieren a los conjuntos culturales). *BOPA* núm. 754, de 3 de octubre de 2011.

<sup>7</sup> *DSPA* Plenos núm. 133, 26 de octubre de 2011, páginas 6 a 12. El texto de la Ley se publicó en el *BOPA* núm. 776, de 4 de noviembre de 2011.

De entrada, mientras la Ley 3/1984 llevaba por título de Archivos, la nueva ley incorpora a su título los Documentos y el Patrimonio Documental. Respecto a este segundo elemento, en realidad, ya la Ley 3/1984 era, sobre todo, una Ley de patrimonio documental y, de hecho, la mayoría de las Comunidades Autónomas que ordenaron con posterioridad a la de Aragón esta materia optaron por denominar a sus respectivas Leyes de Archivos y Patrimonio Documental. Por su parte, la adición del término Documentos se sitúa en la estela de la Ley de Cataluña 10/2001 de 13 de julio, de Archivos y Documentos, con la finalidad de realzar el régimen de una categoría específica de documentos: los documentos de titularidad pública. Y este triple objeto está explicitado en el artículo 1 de la Ley: «La presente ley tiene por objeto regular la gestión, la protección, el acceso y la difusión de los documentos de titularidad pública y del Patrimonio Documental de Andalucía, así como la coordinación, planificación, organización y funcionamiento del Sistema Archivístico de Andalucía», así como en el artículo 3.1 al delimitar su ámbito de aplicación: a) Los documentos de titularidad pública. b) El Patrimonio Documental de Andalucía. c) Los archivos que constituyen el Sistema Archivístico de Andalucía, con independencia de su titularidad<sup>8</sup>.

Por lo demás, la Ley 7/2011 va a requerir de un ingente desarrollo reglamentario, pues la remisiones normativas son abundantes (arts. 11.1, 11.2, 12.2, 18, 21.1, 22.2, 30, 31.2, 32.3, 39.1, 43.5, 44.5, 45, 49.3, 52.3, 59, 62.6, 63.1, entre otros), y que obligará a la renovación de la normativa reglamentaria vigente. Sin embargo, la ley no ha fijado plazo alguno para este imprescindible desarrollo normativo.

## II. LOS DOCUMENTOS DE TITULARIDAD PÚBLICA

### 1. Documentos de titularidad pública y Patrimonio Documental de Andalucía

La Ley 3/1984, como el resto de las leyes autonómicas que vinieron después (hasta la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 10/2001) no se preocupó por deslindar una categoría autónoma de documentos de titularidad pública, sino que se limitó a delimitar los documentos que integraban el Patri-

---

<sup>8</sup> Si bien la Ley se ve obligada a añadir de inmediato que los archivos de titularidad estatal cuya gestión corresponda a la Comunidad Autónoma se regirán por la legislación estatal que les afecte, por los convenios suscritos entre el Estado y la Junta de Andalucía y por las disposiciones de esta ley, ordenación autonómica que debe ceñirse a los aspectos admitidos en el Estatuto de Autonomía, esto es «la regulación del funcionamiento, la organización y el régimen de su personal» -art. 68.2 Estatuto de Autonomía-.

monio Documental Andaluz, si bien de la ordenación de la Ley se desprendería una distinción entre los documentos de titularidad pública en sentido amplio –arts. 2 y 3– y los documentos de titularidad privada –arts. 4, 5 y 6–, distinción que también se reflejaba en el régimen del Patrimonio Documental Andaluz establecido por la Ley 3/1984.

Por su parte, la Ley 7/2011 separa en su Título I de modo aparentemente radical las nociones de documentos de titularidad pública (Capítulo I) y de Patrimonio Documental de Andalucía (Capítulo II). Sin embargo, esta separación sólo es aparente, pues si bien el artículo 9 delimita la noción de documento de titularidad pública, el artículo 15.1.a) declara que forman parte del Patrimonio Documental de Andalucía los documentos de titularidad pública de cualquier época, recogidos o no en archivos, definidos en el artículo 9, es decir, *todos* los documentos desde el mismo instante en que se generan o reciben por cualquiera de los órganos y entidades relacionados en el artículo 9<sup>9</sup>. Por tanto, la categoría de documentos de titularidad pública ordenada en la Ley no es más que una clase de documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía. Por ello, habría sido más clarificador iniciar por el tratamiento del Patrimonio Documental de Andalucía, dentro del cual se encuentran todos los documentos de titularidad pública, para después pasar a las particularidades tanto de los documentos de titularidad pública, como de titularidad privada.

## 2. Delimitación de los documentos de titularidad pública

La Ley 3/1984 –arts. 2 y 3– amplió notablemente el ámbito de los documentos de titularidad pública integrantes del patrimonio documental. Por su parte, la Ley 7/2011 –arts. 2.b) y 9.1– declara que son documentos de titularidad pública los de titularidad de las personas físicas o jurídicas, tanto públicas como privadas, enumeradas en el apartado siguiente, producidos y recibidos en el ejercicio de las competencias que les son propias, sin perjuicio de la normativa estatal o internacional que les afecte. En concreto, se declaran documentos de titularidad pública los documentos de los órganos y entidades que siguen, y que, en lo sustancial, coincide con lo ya establecido en la Ley 3/1984, con las lógicas novedades derivadas de los cambios normativos acaecidos desde entonces:

---

<sup>9</sup> Por este motivo presenta una cierta incorrección el artículo 10 cuando establece: «Los documentos de titularidad pública que forman parte del Patrimonio Documental de Andalucía de acuerdo con el artículo 15.1.a) son inalienables, imprescriptibles e inembargables». Interpretado literalmente parecería desprenderse del precepto que hay documentos de titularidad pública que no forman parte del Patrimonio Documental de Andalucía. Para ser correcto, el artículo 10 debería establecer: «Los documentos de titularidad pública, que forman parte del Patrimonio Documental de Andalucía de acuerdo con el artículo 15.1.a), son inalienables, imprescriptibles e inembargables».

- a) «Los del Parlamento de Andalucía y demás instituciones de autogobierno de la Comunidad Autónoma reseñadas en el capítulo VI del título IV del Estatuto de Autonomía para Andalucía».
- b) «Los de la Presidencia de la Junta de Andalucía y el Consejo de Gobierno».
- c) «Los de la Administración de la Junta de Andalucía».
- d) «Los de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía». Aquí se encuentra la principal ampliación respecto a la Ley 3/1984, siguiendo el criterio de la LPHE, que incluyó a los documentos de las «personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas».
- e) «Los de las corporaciones de derecho público de Andalucía, en lo relativo a sus funciones públicas atribuidas».
- f) «Los de las entidades locales de la Comunidad Autónoma y sus entes, organismos o empresas de ellas dependientes»<sup>10</sup>.
- g) «Los de las universidades públicas radicadas en Andalucía y centros y estructuras de ellas dependientes».
- h) «Los de la Administración del Estado y sus organismos públicos, sociedades mercantiles y fundaciones de ella dependientes radicados en Andalucía»<sup>11</sup>.
- i) «Los de los órganos de la Administración de Justicia radicados en Andalucía».
- j) «Los de las notarías y registros públicos radicados en Andalucía».
- k) «Los de los organismos dependientes de las instituciones de la Unión Europea, así como los de cualquier otro organismo público internacional radicados en Andalucía».
- l) «Los de entidades dotadas de personalidad jurídica propia creadas, participadas mayoritariamente o controladas efectivamente por cualquiera de las entidades y personas jurídicas mencionadas en este artículo en el ejercicio de potestades administrativas o funciones públicas». Lo cierto es que estas entidades jurídico-privadas (y esta parece que es la intención, pues se habla de «entidades participadas mayoritariamente o controladas»), ya están incluidas en el apartado *d)*, referido a las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, de acuerdo con la noción de la LAJA –art. 52–, y en el apartado *e)* referido a las entidades locales de la Comunidad Autónoma «y sus entes, organismos o empresas de ellas dependientes». Pero, sobre todo, la Ley 7/2011 incurre en un error grave, pues la LAJA prohíbe terminantemente que entidades privadas ejerzan potestades públicas –art. 75.2–.

---

<sup>10</sup> Sorprende que este precepto no utilice la terminología de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía –art. 33–, sobre todo cuando el artículo 49.2 de la propia Ley 7/2011 sí la emplea, al hablar de «entes vinculados o dependientes».

<sup>11</sup> La STC 103/1988, precisamente relativa a la Ley de Andalucía 3/1984, avaló esta inclusión.

- m) «Los de las personas privadas físicas o jurídicas gestoras de servicios públicos, en cuanto a los documentos generados en la prestación de dichos servicios».
- n) «Los de las entidades dependientes de los organismos públicos y los de cualquier otra entidad pública no incluida en los supuestos anteriores en el ejercicio de potestades administrativas o funciones públicas».

No obstante, esta delimitación ha podido quedarse corta, pues existen entidades privadas que ejercen funciones inequívocamente públicas sin que medie concesión propiamente dicha y sin que puedan ser calificadas de entidades dependientes de los organismos públicos (como sucede con las entidades colaboradas en materia de control e inspección)<sup>12</sup>.

En definitiva, la delimitación de los documentos de titularidad pública, con una terminología más actualizada, coincide en lo sustancial con la ya establecida en la Ley 3/1984, pues la única novedad relevante es la inclusión de las entidades jurídico-privadas integrantes del sector público. De este modo, la Ley andaluza acoge una noción muy amplia de documentos de titularidad pública, no restringida a aquellos de titularidad de entidades jurídico-públicas, sino que abarca a los documentos en poder de entidades jurídico-privadas del sector público, más los documentos generados en la prestación servicios públicos por parte de personas privadas gestoras, noción que coincide con la seguida por la práctica totalidad de las leyes autonómicas.

### 3. Régimen jurídico de los documentos de titularidad pública

Ya la Ley 3/1984 declaró que los documentos de titularidad pública no podían ser enajenados, ni sometidos a traba o embargo, aun cuando, por la naturaleza de su titular, fuesen susceptibles de ello, y tampoco podían adquirirse por prescripción. Y esta prohibición de tráfico jurídico fue seguida por la generalidad de las leyes autonómicas que proclaman que los documentos de titularidad pública son inalienables, imprescriptibles e inembargables, propiedades propias –como es notorio– de los bienes de dominio público –art. 132.1 Constitución–. Por su parte, la Ley 7/2011 mantiene este criterio al declarar que los documentos de titularidad pública son inalienables, imprescriptibles e inembargables –art. 10.1–. Y, dado su carácter inalienable e imprescriptible, los documentos de titularidad pública, al igual que los bienes de dominio público, no pierden su naturaleza ni el régimen legal al que estén sujetos, cual-

---

<sup>12</sup> De aquí que alguna Ley añada un apartado adicional relativo a las personas y las entidades privadas que ejercen funciones públicas, en lo que se refiere a estas funciones. Ley de Cataluña 10/2001 –art. 6.1–.

quiera que sea su propietario, poseedor o detentador, de modo que el titular legal podrá reclamarlos en cualquier momento. Y, en este sentido, la Ley 7/2011 establece que la Junta de Andalucía podrá recuperar en todo momento la posesión de estos documentos cuando se hallen indebidamente en posesión de terceros, adoptando las medidas legales oportunas para conseguir su reintegro –art. 10.2–.

De otro lado, la Ley 7/2011 –art. 12.1– establece que las personas al servicio del sector público tienen la obligación de custodiar los documentos que tengan a su cargo. La custodia de documentos de titularidad pública conlleva la obligación de preservarlos. Esto supone sancionar tanto la pérdida, como la eliminación indebida de documentos de titularidad pública<sup>13</sup>. Asimismo, los documentos de titularidad pública solo podrán salir de sus correspondientes unidades administrativas, sistemas de información y archivos en los casos y con los procedimientos que se establezcan reglamentariamente, si bien a estos efectos, el préstamo administrativo y el requerimiento por órganos jurisdiccionales no se considerarán como salida<sup>14</sup>.

Además, la Ley 7/2011 –art. 12.3– establece que las personas responsables de los órganos administrativos, así como cualquier otra persona física que por razón del desempeño de una función en el sector público tenga a su cargo o bajo su custodia documentos de titularidad pública, deberán entregarlos al cesar en sus funciones a quien les suceda en el cargo, o, en su defecto, al archivo público que corresponda, precepto claramente inspirado en el artículo 54.1 LPHE<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Así, la Ley califica como infracción muy grave la eliminación de documentos de titularidad pública prescindiendo de los procedimientos reglamentariamente establecidos –art. 71.b)–, y como infracción grave la pérdida o desaparición de los documentos custodiados en archivos del Sistema Archivístico de Andalucía –art. 72.a)–.

<sup>14</sup> En este sentido, la reforma de la Ley 3/1984 efectuada por la Ley 14/2007 dispuso que no era necesaria la autorización en caso de préstamo administrativo –art. 37–. No define la Ley 7/2011 el préstamo administrativo. Puede recordarse que la Ley 3/1984, modificada por la Ley 14/2007, entendía por préstamo administrativo la entrega o remisión de expedientes o, en general, de documentos, a los órganos jurisdiccionales o administrativos en cumplimiento de lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico –art. 37.2–, noción que parecía englobar la entrega a requerimiento judicial.

<sup>15</sup> Según el artículo 54.1 LPHE, quienes por la función que desempeñen tengan a su cargo documentos de titularidad pública están obligados, al cesar en sus funciones, a entregarlos al que les sustituya en las mismas o remitirlos al archivo que corresponda. No obstante, debe señalarse la mayor limitación del precepto de la Ley 7/2011, al referirse a personas que ejercen funciones el sector público, mientras que la LPHE impone el deber a cualquier persona por la función que desempeñen tengan a su cargo documentos de titularidad pública.

Pero el precepto más novedoso en esta materia de la Ley 7/2011 es el que establece que el traspaso de funciones de algún órgano, ente u organismo público a otro conllevará la transferencia solo de los documentos producidos en el ejercicio de dichas funciones y que correspondan a procedimientos en tramitación o relativos a relaciones jurídicas vigentes que les afecten, sin perjuicio de aquellos que contengan información relevante para el funcionamiento de dicho órgano, ente u organismo –art. 13.1–. Del mismo modo, la Ley –art. 13.2– añade que la supresión o desaparición de algún órgano, ente u organismo público motivará la incorporación al órgano, ente u organismo que asuma sus funciones solo de los documentos a que se refiere el apartado anterior. Sin embargo, la Ley 7/2011 no contempla los supuestos de privatización de entes instrumentales del sector público. En tales casos, importa establecer que aunque la entidad de que se trate pierda la dependencia pública la documentación anterior al cambio de naturaleza o de dependencia mantiene la titularidad pública<sup>16</sup>.

### III. EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE ANDALUCÍA

#### 1. Concepto de Patrimonio Documental de Andalucía

La Ley 7/2011 –arts. 2.<sup>n</sup>) y 14– establece que «El Patrimonio Documental de Andalucía es el conjunto de los documentos producidos, recibidos o reunidos por las personas físicas o jurídicas, tanto públicas como privadas, *ubicados en Andalucía*, que poseen, por su origen, antigüedad o valor, interés para la Comunidad Autónoma»<sup>17</sup>. Dejando de lado el cambio de denominación (Patrimonio Documental de Andalucía en lugar de Patrimonio Documental Andaluz), en relación con la Ley 3/1984 destaca la exigencia de la ubicación de los documentos en Andalucía.

En efecto, la Ley 3/1984 establecía que el Patrimonio Documental Andaluz es parte integrante del Patrimonio Documental Español y está constituido por todos los documentos, reunidos o no en archivos, procedentes de un conjunto de instituciones y personas indicadas en la Ley (artículos 2º, 3º, 4º y 5º), o fue-

---

<sup>16</sup> Así, Ley de Cataluña 10/2001 –art. 11–; Ley de la Comunidad Valenciana 3/2005 –art. 15.3–; Ley 15/2006 de Baleares –art. 15–.

<sup>17</sup> Por este motivo, la Ley 7/2011 modifica este precepto de la Ley 14/2007, que pasa a declarar que el Patrimonio Documental de Andalucía es el conjunto de los documentos producidos, recibidos o reunidos por las personas físicas o jurídicas, tanto públicas como privadas, *ubicados en Andalucía*, que poseen, por su origen, antigüedad o valor, interés para la Comunidad Autónoma en los términos establecidos en el presente capítulo –art. 69.1–.

ren incluidos en el mismo, de acuerdo con lo previsto en la propia Ley (artículo 6º). Y la exigencia de ubicación del documento en la Comunidad Autónoma únicamente se establecía respecto a los documentos de titularidad privada de más de cien años –art. 5–, criterio seguido por la mayoría de las Comunidades Autónomas<sup>18</sup>.

Esta exigencia de ubicación parece tener origen, justamente, en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía, que se declara de aplicación al Patrimonio Histórico Andaluz, el cual «se compone de todos los bienes de la cultura, materiales e inmateriales, *en cuanto se encuentren en Andalucía* y revelen un interés artístico, histórico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o industrial para la Comunidad Autónoma» –art. 2–. Y, del mismo modo que forman parte del Patrimonio Histórico Andaluz los bienes muebles de relevancia cultural para Andalucía que se encuentren establemente en territorio andaluz –art. 42.1–<sup>19</sup>.

Ahora bien, la Ley 7/2011 no es del todo consecuente que esta exigencia conceptual, pues vuelve a exigir que se trate de documentos ubicados en la Comunidad Autónoma para los documentos de titularidad privada –art. 15.1.b) y c)–, pero no para los de titularidad pública. Por tanto, el concepto de Patrimonio Documental de Andalucía que expresa la Ley es, al menos, inexacto: debería decir «en su caso, ubicados en Andalucía», pues no trata de una exigencia conceptual.

Pero, incluso en relación con los documentos de titularidad privada la Ley presenta una nueva inconsistencia, cuando en su disposición adicional quinta (*Retorno a la Comunidad Autónoma de documentos del Patrimonio Documental de Andalucía*)<sup>20</sup>, establece: «La consejería realizará las gestiones oportunas conducentes al retorno a la Comunidad Autónoma de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía que se encuentren fuera de Andalucía». En efecto, si se trata de documentos de titularidad privada que se encuentran

---

<sup>18</sup> Y, en tal sentido, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía, en su versión original, declaraba que el patrimonio documental andaluz está constituido por todos los documentos de cualquier época, conservados, producidos o recibidos por las personas o instituciones de carácter público y privado, estén reunidos o no en los archivos de Andalucía, en los términos regulados en la legislación de archivos –art. 69.1–.

<sup>19</sup> Y estos preceptos se completan con la disposición según la cual la Consejería competente en materia de patrimonio histórico «podrá realizar las gestiones oportunas conducentes al retorno a la Comunidad Autónoma de aquellos bienes que se consideren representativos de la cultura andaluza que se encuentren fuera del territorio de Andalucía» –disposición adicional primera–.

<sup>20</sup> Disposición evidentemente deudora de la disposición adicional primera de la Ley 14/2007.

fuera de la Comunidad, en rigor, no pueden ser calificados de documentos «constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía», pues la ubicación en Andalucía es, según el artículo 15.1, requisito para que formen parte de dicho Patrimonio Documental de Andalucía.

## 2. Documentos del Patrimonio Documental de Andalucía

### A. Documentos de titularidad pública

La Ley 7/2011 mantiene, en líneas generales, la estructura del Patrimonio Documental establecida en la Ley 3/1984 y adoptada por la LPHE –art. 49–, así como por la totalidad de las Comunidades Autónomas. De este modo, debe diferenciarse entre documentos de titularidad pública y privada.

Respecto a los primeros, la Ley 7/2011 –art. 15.1.a)– establece que forman parte del Patrimonio Documental de Andalucía los «documentos de titularidad pública de cualquier época, recogidos o no en archivos, definidos en el artículo 9, sin perjuicio de la normativa estatal e internacional que les sea de aplicación». Como ya la propia Ley 7/2011 –art. 9– ha definido –como nos consta– qué se entiende por documentos de titularidad pública, nos remitimos a lo ya expresado más arriba. De este modo, y como no podía ser de otro modo, se mantiene el criterio de la Ley 3/1984 según el cual forman parte del Patrimonio Documental los documentos de titularidad pública «de cualquier época». Y no podía ser de otro modo, puesto que se trata de un criterio adoptado por la LPHE –art. 49.2–. Otra cosa es que tal vez sea necesario revisar el criterio del legislador básico<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Como he defendido en otro lugar (FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: “Legislación y Sistemas de Archivos de las Administraciones Públicas”, en *Los Sistemas de Archivos de las Comunidades Autónomas*, Junta de Comunidades de Castilla– La Mancha, Consejería de Administraciones Públicas, Toledo, 2002, págs. 9–33), este criterio de no exigir antigüedad alguna a los documentos públicos para su integración en el Patrimonio Histórico es, sin duda, un criterio bien intencionado, movido por la voluntad de proteger preventivamente a dichos bienes. Sin embargo, tal vez no se han valorado suficientemente las consecuencias distorsionantes que conlleva, y si existen otras alternativas para conseguir los efectos pretendidos, sin forzar la necesaria coherencia de las instituciones integrantes del Patrimonio Histórico. En efecto, cabe dudar de la idoneidad de un criterio que supone integrar en el Patrimonio Histórico, de un modo indiscriminado, a todo documento que produce o reciben las personas y entidades del sector público, con independencia de su antigüedad y de su contenido y, en definitiva, si incorpora o no efectivamente un valor cultural. Criterio que aboca inevitablemente a contradicciones lógicas de difícil solución. Así, una de las directrices elementales del Patrimonio Histórico es la conservación de los bienes que lo integran, pero las propias normas que ordenan los documentos y archivos públicos han contemplado y ordenan, por necesidades imperiosas del sistema archivístico, la práctica de la eliminación de los documentos. Por esta razón, la Ley de Asturias 1/2001 sobre Patrimonio Cultural –art. 90.1– se ve obligada a realizar una pirueta jurídica. Así,

## B. Documentos de titularidad privada

Respecto a los documentos de titularidad privada, la Ley 7/2011 mantiene, inicialmente, la triple distinción establecida en la Ley 3/1984 –arts. 4 a 6–, y recogida en la LPHE –art. 49.3 a 5–, a la que añade una cuarta categoría, a la cual va a conceder casi en exclusiva su atención.

– *Documentos de más de cuarenta años de antigüedad en poder de entidades sociales.*

La Ley 7/2011 –art. 15.1.b)– declara que forman parte del Patrimonio Documental de Andalucía «Los documentos ubicados en la Comunidad Autónoma con más de cuarenta años de antigüedad, conservados o no en archivos, producidos, recibidos o reunidos en el desarrollo de su actividad en Andalucía por las personas jurídicas privadas de carácter religioso, político, sindical, cultural, educativo o con fines sociales». Dejando de lado alguna imprecisión en la redacción de la Ley<sup>22</sup>, la Ley 3/1984 mantiene el plazo de los cuarenta años establecido en la LPHE –art. 49.3–. Por tanto, las principales novedades son dobles. De un lado, la exigencia –ya señalada– de que se trate de documentos ubicados en la Comunidad Autónoma, cuando lo cierto es que en la generalidad de las leyes autonómicas la exigencia de radicación en la Comunidad Autónoma está referida no a los documentos sino a la entidad titular de los mismos<sup>23</sup>. De otro lado, aun cuando la Ley 7/2011 amplía el ámbito de la LPHE, al referirse a personas jurídicas privadas «con fines sociales», no obstante, delimita mejor el ámbito de esta categoría, el cual en la Ley 3/1984 era imposible de predeterminar<sup>24</sup>.

---

tras prohibir la destrucción de bienes que formen parte del Patrimonio Documental, se ve obligada a añadir: “Lo dispuesto en el apartado anterior no se aplicará en el caso de los bienes a que hacen referencia los artículos 80 y 81 (...) de esta Ley (esto es los documentos de entidades públicas), cuando se trate de labores de selección y expurgo habituales en la gestión de archivos”. Si esto es así, cabe preguntarse si tiene verdaderamente sentido declarar solemnemente como bienes integrantes del Patrimonio Cultural a unos bienes que pueden destruirse con total normalidad, no como algo excepcional o patológico.

<sup>22</sup> En efecto, el precepto debería especificar que se refiere a entidades no incluidas en el apartado anterior, puesto que es perfectamente posible que existan personas jurídicas privadas de carácter cultural, educativo o con fines sociales, pertenecientes al sector público. De hecho, con mayor corrección, la LPHE –art. 49.3– se refiere a entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas «de carácter privado».

<sup>23</sup> Por ello, cabe preguntarse si los documentos de estas entidades, aun cuando hayan sido generados en Andalucía, ¿al salir de la misma dejan de pertenecer al Patrimonio Documental de Andalucía, sin perjuicio, naturalmente, de su condición de Patrimonio Histórico Español?

<sup>24</sup> A «Cualquier otro tipo de asociaciones y sociedades radicadas en Andalucía» se refería el artículo 4.d) de la Ley 3/1984.

– *Documentos de más de 100 años de antigüedad en poder de cualquier persona.*

La Ley 7/2011 –art. 15.1.c)– declara que forman parte del Patrimonio Documental de Andalucía «Los documentos producidos, recibidos o reunidos por cualquier persona física o jurídica privada distinta de las señaladas en el apartado 1.b) (es decir, de las anteriores), ubicados en Andalucía, que a la entrada en vigor de esta ley tengan una antigüedad igual o superior a cien años». La exigencia de que los documentos se encuentren en la Andalucía, como se ha indicado, ya estaba contenida en la Ley 3/1984 –art. 5–, como también coincide el plazo de los cien años, recogido asimismo en la LPHE –art. 49.4–. De este modo, la novedad del precepto estriba en limitar la integración en el Patrimonio Documental de Andalucía a los documentos «*que a la entrada en vigor de esta Ley* tengan una antigüedad igual o superior a cien años»<sup>25</sup>.

El problema estriba en que la LPHE declara que integran asimismo el patrimonio documental los documentos con una antigüedad superior a los cien años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas –art. 49.4–. Podrá decirse que esta declaración no impide que los documentos que adquieran la antigüedad centenaria a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2011 sean integrantes del Patrimonio Histórico Español. Sin embargo, estimamos que se trata de una apreciación errónea: el legislador autonómico puede legítimamente, en ejercicio de sus competencias sobre patrimonio cultural, ampliar la protección a bienes más allá del Patrimonio Histórico Español. Pero lo que no puede hacer es limitar la extensión del Patrimonio Histórico Español, pues ello supone dejar huérfano a esa parte, ya que el Estado carece de competencias ejecutivas en materia patrimonio cultural, salvo en lo que atañe específicamente a la “defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación” –art. 149.1.28 CE–. En definitiva, consideramos que la limitación indicada a los documentos «*que a la entrada en vigor de esta Ley* tengan una antigüedad igual o superior a cien años» es anticonstitucional.

– *Documentos incluidos en el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía.*

La Ley 7/2011 –art. 15.2– declara que también formarán parte del Patrimonio Documental de Andalucía aquellos documentos de naturaleza privada

---

<sup>25</sup> La Ley 3/1984 –art. 5– declaraba que forman, igualmente, parte del Patrimonio Documental andaluz «los documentos radicados en Andalucía, con una antigüedad superior a cien años, producidos o recibidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas», sin limitar la integración en el Patrimonio a una fecha determinada.

que, sin alcanzar la antigüedad prevista en el apartado 1 (es decir, los 40 y 100 años reseñados), sean incluidos en el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía previsto en la Ley –art. 16–, por poseer valores de interés para la Comunidad Autónoma. Lo cierto es que ya la Ley 3/1984 –art. 6– contempló la posibilidad de incluir en el Patrimonio Documental Andaluz a aquellos documentos o colecciones documentales (privadas) que, sin alcanzar la antigüedad antes señalada, merecieran dicha inclusión, cláusula que sería recogida también por la LPHE –art. 49.5–. Sin embargo, lo cierto es que tal procedimiento no llegó a regularse, ni al parecer llegó a aplicarse la posibilidad contemplada en la Ley.

De este modo, la principal novedad de la Ley 7/2011 consiste en crear el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía –art. 16.1–, que se constituye como un instrumento que tiene por objeto facilitar la identificación de bienes integrantes de dicho Patrimonio, correspondiendo a la consejería su formación, actualización, coordinación y difusión<sup>26</sup>. Pues bien, en la creación de este Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía es evidente la influencia de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, que creó el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Histórico Andaluz, justamente con idéntica finalidad de facilitar su identificación como integrantes de dicho Patrimonio, correspondiendo a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico su formación, conservación y difusión –art. 13.1–<sup>27</sup>.

En cuanto al procedimiento para la inclusión en el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía de los documentos, la Ley 7/2011 –art. 17– establece un procedimiento claramente inspirado en el de inscripción de bienes en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz –art. 9 Ley 14/2007–<sup>28</sup>. El problema, a mi modo de ver, es que la figura de los documentos integrantes del Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía carece de relevancia en la ordenación del Patri-

---

<sup>26</sup> Según la Ley, formarán parte de este inventario los bienes a los que, en virtud de resolución de la dirección general competente en materia de documentos, archivos y patrimonio documental, se les reconozca como integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía, conforme al procedimiento establecido en la propia Ley –art. 17–.

<sup>27</sup> No obstante, este Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Histórico Andaluz está pensado para bienes inmuebles y espacios vinculados a actividades de interés etnológico –art. 13.2 Ley 14/2007–.

<sup>28</sup> No especifica la Ley, como hubiera sido adecuado, la emisión de un informe preceptivo a cargo de la Comisión Andaluza de Patrimonio Documental y Bibliográfico –art. 98 Ley 14/2007 modificado por la propia Ley 7/2011–, en la que podría ser su principal función en relación con el patrimonio documental.

monio Documental de Andalucía establecida en la propia Ley 7/2011, que finalmente utiliza a estos fines la figura jurídica a la que se hace seguidamente referencia.

– *Documentos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz.*

En efecto, la Ley 7/2011 –art. 15.3– establece que formarán parte del Patrimonio Documental de Andalucía cualesquiera documentos de valor relevante, contemplados o no en los categorías anteriores, que sean inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz mediante cualquiera de las figuras de protección previstas en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (esto es, BIC, bienes de catalogación general y bienes incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico Español). Y al igual que sucede con el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Histórico Andaluz –art. 13.2 Ley 14/2007–, la Ley 7/2011 –art. 16.3– establece que no formarán parte del Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía los bienes que se inscriban en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz. Por tanto, pueden inscribirse en el Catálogo General tanto documentos pertenecientes a las dos primeras categorías, es decir con las antigüedad antes indicada, como documentos que carezcan de dicha antigüedad, y que podrían haberse incluido en el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía<sup>29</sup>.

Pues bien, la posibilidad de declarar documentos como Bienes de Interés Cultural o como bienes de catalogación general, y su consiguiente inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, ya estaba implícita en la Ley 14/2007. De este modo, la Ley 7/2011 se limita a explicitar esta posibilidad y –como se verá– a anudarle un régimen jurídico específico. En todo caso, lo cierto es que es esta figura de documentos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz la que preside el régimen jurídico del Patrimonio Documental de Andalucía –arts. 20 a 24–, sin que la Ley 7/2011 haga uso alguno de la figura de los documentos incluidos en el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía, que crea la propia Ley. Por ello, cabe preguntarse sobre la operatividad real de esta figura,

---

<sup>29</sup> La propia Ley 7/2011 declara incorporados al Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz como bienes de interés cultural los documentos de conservación permanente custodiados en el Archivo General de Andalucía y en el archivo del Patronato de la Alhambra y Generalife, debiendo practicarse de oficio las inscripciones correspondientes –disposición adicional segunda–.

con un procedimiento de inclusión casi tan largo y complejo como el de inscripción en el Catálogo General, pero sin las ventajas de que gozan los bienes inscritos en el mismo<sup>30</sup>.

### 3. Régimen jurídico del Patrimonio Documental de Andalucía

Aun cuando el Capítulo II lleva por epígrafe el Patrimonio Documental de Andalucía, en realidad, salvo los elementales deberes de integridad e información, el resto de los deberes que establece están referidos exclusivamente a los documentos de titularidad privada integrantes de dicho Patrimonio Documental. Más aún, como se verá seguidamente, la Ley 7/2011 casi únicamente se ocupa de proteger una categoría de documentos de titularidad privada integrantes de dicho Patrimonio Documental: los inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz categoría que preside el régimen jurídico del Patrimonio Documental de Andalucía<sup>31</sup>.

#### A. Integridad del Patrimonio Documental de Andalucía

La Ley 7/2011 establece que no se podrá eliminar ningún documento constitutivo del Patrimonio Documental de Andalucía, salvo en los supuestos y mediante los procedimientos establecidos reglamentariamente –art. 18–. Se trata de un precepto casi idéntico al contenido en la Ley 3/1984, según el cual los documentos constitutivos del Patrimonio Documental andaluz no podrán ser eliminados, salvo en los supuestos y mediante los procedimientos que reglamentariamente se disponga –art. 19–<sup>32</sup>. De otro lado, la Ley 7/2011 sólo contempla consecuencias jurídicas para las acciones de eliminación de deter-

---

<sup>30</sup> Compárese el procedimiento de de inclusión en el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía establecido en la Ley 7/2011 –art. 17– con el procedimiento de inscripción de bienes muebles de catalogación general establecido en la Ley 14/2007 –arts. 9–: el primero tiene una duración de 12 meses y el segundo de 18 meses, pero en el caso de solicitudes de inicio del procedimiento en el caso de Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía el plazo es de seis meses, mientras que en el caso del Catálogo es de tres meses.

<sup>31</sup> Por ello no es exacta la afirmación de la exposición de motivos, según la cual se establecen «distintos regímenes jurídicos diferenciados para los documentos de titularidad pública, el Patrimonio Documental de Andalucía y los documentos y archivos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, pudiendo con ello establecer la diversidad coherente de deberes y obligaciones y sus consecuentes infracciones y sanciones». Lo cierto es que el régimen de protección ordenado en la Ley es casi exclusivamente para la los documentos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz.

<sup>32</sup> No obstante, si bien estos procedimientos fueron objeto de ordenación para los archivos integrados en el Sistema Andaluz de Archivos, en relación con el patrimonio documental de titularidad privada no integrado en dicho sistema no llegaron a aprobarse los correspondientes procedimientos.

minadas categorías de documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía<sup>33</sup>. De este modo, la eliminación, incluso intencionada, de documentos de titularidad privada integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía, pero no catalogados o inventariados, será un hecho antijurídico carente de consecuencias jurídicas<sup>34</sup>.

### B. Deber de información

La Ley 7/2011 establece que todas las personas físicas o jurídicas, con independencia de su régimen y naturaleza jurídica, que sean propietarias, titulares de derechos o poseedoras de documentos constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía, están obligadas a proporcionar la información que les sea requerida por la consejería en lo referente a tales documentos –art. 19–. Este es el principal deber en el que se plasma el amplísimo deber de colaboración de los particulares establecido en el artículo 6 de la Ley. Asimismo, se trata de un deber que no estaba lo suficientemente explicitado en la Ley 3/1984. Sin embargo, este deber de información es a requerimiento de la Administración. Sorprendentemente, la Ley no explicita el que debería ser el primer deber de los titulares de documentos privados integrantes del Patrimonio Documental, esto es el deber de comunicar su existencia a la Administración competente, y que es el presupuesto para que la Administración pueda hacer efectivo el resto de deberes establecidos en la Ley, incluido el de integridad del Patrimonio Documental antes reseñado<sup>35</sup>.

### C. Derechos de tanteo y retracto

La Ley 7/2011 –art. 20– ordena los llamados derechos (en propiedad, potestades) de tanteo y retracto en caso de transmisión onerosa entre vivos de la

---

<sup>33</sup> La Ley 7/2011 tipifica como infracción muy grave la eliminación o todas aquellas actuaciones u omisiones que lleven aparejada pérdida, desaparición o daños irreparables en los documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz –art. 71.a)–, y como infracción grave la eliminación o todas aquellas actuaciones u omisiones que lleven aparejada pérdida, desaparición o daños irreparables en los documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía incluidos en el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía –art. 72.a)–.

<sup>34</sup> Ciertamente el criterio de la Ley 3/1984 de calificar como infracciones muy graves las acciones y omisiones que lleven aparejadas la pérdida, destrucción, desaparición o que produzcan daño o perjuicio irreparable en el Patrimonio Documental Andaluz –art. 44–, era excesivo, pero al menos la Ley 7/2011 podía haber calificado como infracción leve la eliminación del documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía no catalogados o inventariados.

<sup>35</sup> Esta laguna ya fue puesta de manifiesto en nuestro trabajo, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2003): 247. Además, este deber está explicitado en algunas leyes autonómicas, como la Ley 15/2006 Baleares –art. 18.1–.

propiedad o de los derechos sobre los documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía en términos similares a los ya establecidos en la Ley 3/1984 –art. 36–, si bien existen una diferencia relevante. En efecto, la Ley 7/2011 –art. 21.1.e)– limita el deber de notificación a los «documentos constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz». Puede convenirse que la generalización de estos derechos en la Ley 3/1984 era ciertamente excesiva<sup>36</sup>, pero esta limitación, además de innecesaria (pues los derechos de tanteo y retracto para los bienes inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz ya están ordenados en la Ley 14/2007 –art. 17–), es excesivamente restrictiva, y no tiene parangón en el resto de la legislación autonómica. Estimamos que se podría haber aprovechado la creación del Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía para extender los derechos de tanteo y retracto a dichos documentos, pues el Inventario tiene por función justamente facilitar la identificación de los bienes integrantes de dicho patrimonio.

#### D. Otros deberes de los titulares y poseedores de documentos privados

La Ley 7/2011 estatuye en el artículo 21.1 una serie de deberes a las personas privadas, físicas o jurídicas, propietarias, titulares de derechos o poseedoras de documentos privados constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía. Sin embargo, la Ley 7/2011 precisa que los deberes que seguidamente se indican están referidos exclusivamente a los documentos «inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz». Ciertamente es razonable modular los deberes legales deben en atención al grado de protección que merezcan los bienes, tal como hacen, con carácter general, la LPHE o la Ley 14/2007. No obstante, entiendo que tal vez la Ley 7/2011 se ha excedido en la contracción de algunos deberes, como seguidamente se indicará.

a) «Conservar organizados los documentos y custodiarlos». La Ley 3/1984 –art. 14.1– ya establecía un genérico deber de titulares de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental andaluz a la «conservación y custodia de sus fondos documentales». Y lo cierto es que el deber de conservación y custodia es el deber esencial (no instrumental) de todo bien integrante del patrimonio histórico, con independencia de que sea objeto de

---

<sup>36</sup> Debe recordarse que la LPHE limita los derechos de tanteo y retracto a los bienes declarados de interés cultural o incluidos en el Inventario general de bienes muebles –art. 38–.

declaración específica o sea catalogado o inscrito en un registro, tal como establece la LPHE –art. 36.1–. Y, en tal sentido, debe recordarse que la Ley 14/2007 establece que las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores –art. 14.1–, precepto que habrá que entender de aplicación supletoria en materia de patrimonio documental –disposición final primera Ley 7/2011–. En definitiva, no se entiende por qué este deber tan elemental se restringe a los documentos catalogados. Pero, además, las normas autonómicas posteriores a la Ley 3/1984 han introducido deberes más precisos derivados del deber de conservar y organizar los documentos, y que la Ley 7/2011 ha omitido, como el deber inventariar describir los documentos.

- b) «Facilitar la inspección de los documentos, y de los archivos en que estos se custodien, por parte de la consejería, que estará limitada por las normas que resulten de aplicación y, en particular, por el derecho a la intimidad y a la propia imagen». En realidad, esta obligación ya está ordenada en la Ley 14/2007 para todos los bienes y actividades inscritas en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz –art. 14.2–. Pero, además, debe recordarse que la 14/2007 –art. 70.1– establece que las personas titulares o poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Documental Andaluz (sin exclusión) facilitarán la inspección de los mismos por parte de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico<sup>37</sup>. Por ello, se trata de otra limitación injustificada.
- c) «Permitir el acceso a los documentos, previa solicitud razonada, para su consulta, estudio o investigación, en los términos que regulan la presente ley y la legislación específica que le sea de aplicación. Para su cumplimiento, las personas titulares de los documentos podrán depositarlos en un archivo público del Sistema Archivístico de Andalucía, de acuerdo con los términos que se establezcan reglamentariamente». Como en el anterior caso, esta obligación ya está ordenada en la Ley 14/2007 para todos los bienes y actividades inscritas en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz –art. 14.2–. Además, la propia Ley 7/2011 establece las reglas en materia de acceso a los documentos de titularidad privada inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz –art. 66.2–. Pero sucede que la

---

<sup>37</sup> Y con carácter aún más general así lo establece el artículo 23 de la Ley 14/2007 para todos los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz. Además, el artículo 103.1 Ley 14/2007 declara que la potestad de inspección se ejercerá, asimismo, en materia de instituciones del Patrimonio Histórico, Patrimonio Documental y Bibliográfico. Y también el artículo 52.3 LPHE.

LPHE –art. 52.4– establece este deber para todos los bienes constitutivos del patrimonio documental<sup>38</sup>. Por tanto, la ordenación de la Ley 7/2011, además de innecesaria por estar ya contenida en la Ley 14/2007, es limitativa de la LPHE.

- f) «Notificar a la consejería la transmisión a título de herencia, legado o donación de la propiedad, posesión o tenencia de los documentos en el plazo de tres meses, que se computará desde la fecha en que se haga efectiva la transmisión». Se trata de un deber que en la Ley 3/1984 presentaba un alcance general para todo el patrimonio documental.
- g) «Comunicar a la consejería cualquier accidente o siniestro que motive la pérdida o destrucción de documentos dentro de las veinticuatro horas siguientes al suceso».

### E. Traslados de documentos de titularidad privada

Debe recordarse que la Ley 3/1984, en su versión original, declaró que son de libre traslado, dentro del territorio nacional, pero sus propietarios o titulares habrán de comunicar previamente tales hechos a la Consejería de Cultura –art. 36.1–, regla ésta que es la más extendida en la legislación autonómica. Sin embargo, a raíz del conocido asunto del traslado fuera de la Comunidad del archivo privado de la fundación Casa Ducal de Medinaceli y de la insatisfactoria respuesta jurisdiccional al conflicto que suscitó<sup>39</sup>, la Ley 3/1984 fue modificada por Ley 3/1999, en virtud de la cual se estableció un régimen de autorización previa de los traslados de todos los documentos integrantes del Patrimonio Documental Andaluz, con condiciones extraordinariamente restrictivas.

Por su parte, la Ley 7/2011 mantiene este régimen de autorización previa pero limitando sustancialmente su ámbito de aplicación. En efecto, mientras la Ley 3/1984 (tras la reforma efectuada por la Ley 3/1999) impuso el deber de autorización previa a todos los documentos de titularidad privada, la Ley 7/2011 refiere el deber a «los documentos de titularidad privada integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía inscritos en el Catálogo General del

---

<sup>38</sup> «La obligación de permitir el estudio por los investigadores podrá ser sustituida por la Administración competente, mediante el depósito temporal del bien en un archivo, biblioteca o centro análogo de carácter público que reúna las condiciones adecuadas para la seguridad de los bienes y su investigación».

<sup>39</sup> La sentencia de la Audiencia Nacional de 22-9-1999 (RJCA 1999\3641), excusándose en una circunstancia formal, denegó la existencia de la obligación de colaboración de la Administración del Estado, remitiéndose, además, el tribunal al art. 4.4 de la LRJPAC, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, según el cual el contenido del deber de colaboración se desarrollará, en las relaciones entre la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas, “a través de los instrumentos y procedimientos que de manera común y voluntaria establezcan tales Administraciones”.

Patrimonio Histórico Andaluz» –arts. 21.d) y 22.1–. Sin embargo, al igual que sucedía con los derechos de tanteo y retracto, si bien la extensión de estas figuras en la Ley 3/1984 era abiertamente excesiva<sup>40</sup>, de nuevo cabe preguntarse por qué no se extendió este deber a los documentos incluidos en el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía. O, mejor aún, ¿por qué no disponer un deber, no ya de autorización, sino de comunicación previa para los traslados de los bienes inventariados? Con esto quiere señalarse que existen múltiples posibilidades de modular estos deberes, equilibrando las cargas a los titulares del patrimonio documental con las facultades de la Administración en orden a su protección.

Por lo demás, la única novedad destacable del régimen de los traslados establecido en la Ley 7/2011 consiste en limitar la noción misma de traslado, pues la Ley 3/1984 –art. 36.4– sujetó al deber de autorización los traslados incluso ¡dentro del mismo edificio! Por su parte, la Ley 7/2011 entiende por traslado el desplazamiento a otro inmueble, lo cual supone recuperar un criterio mínimo de razonabilidad<sup>41</sup>. Con todo, bien podría haberse limitado el deber de autorización a los traslados fuera de Andalucía y, en su caso, establecer un deber de comunicación previa para los traslados dentro de la Comunidad Autónoma.

#### F. Depósito forzoso

La Ley 3/1984 –art. 15.3– dispuso que cuando las deficiencias de instalación pongan en peligro la conservación y seguridad de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental andaluz existentes en Archivos se dispondrá por la Consejería de Cultura las medidas de garantía necesarias y se podrá decidir su depósito en otros archivos, hasta tanto desaparezcan los motivos de aquel peligro. Por tanto, el depósito se podía ordenar para conservar cualquier documento constitutivo del Patrimonio Documental andaluz. Por el contrario, la Ley 7/2011 –art. 23.1– establece que cuando no se reúnan las condiciones necesarias para garantizar la conservación, seguridad o acceso de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía «inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz», la consejería requerirá

---

<sup>40</sup> En nuestro trabajo FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2003): 250, ya dudamos de la efectividad de la Ley, preguntándonos hasta qué punto dispone la Administración autonómica de capacidad real para controlar el ingente movimiento de documentos que cotidianamente tiene lugar. Por su parte, el anteproyecto de ley mantenía idéntica extensión para todo traslado de los documentos de titularidad privada integrantes del patrimonio documental de Andalucía.

<sup>41</sup> En este sentido, la Ley 14/2007 exceptúa de la obligación de comunicación previa de traslados de

a las personas propietarias, titulares de derechos o poseedoras de los mismos la adopción de medidas necesarias para subsanar la situación.

Lo cierto es que si se restringe esta medida a los documentos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, debe recordarse que ya la Ley 14/2007 establece, con carácter general, que la Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá ordenar a las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico la adopción de las actuaciones necesarias para su conservación, mantenimiento y custodia –art. 15.1–. Más aún, teniendo presente que el deber de conservación es un deber común a todos los bienes históricos, no se entiende bien por qué limitar el depósito forzoso a los documentos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz<sup>42</sup>.

#### G. Expropiación forzosa y medidas de fomento

La Ley 7/2011 –art. 24.1– establece que la falta de cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley para las personas físicas y jurídicas privadas propietarias, titulares de derechos o poseedoras de documentos constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz facultará a la Administración autonómica para la expropiación total o parcial de los mismos por causa de interés social, con objeto de garantizar su conservación. De nuevo, la principal novedad consiste en constreñir la potestad expropiatoria, prevista por la Ley 3/1984 para todo el patrimonio documental –art. 36.9– a los documentos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, cuando lo cierto es que para este tipo de bienes ya viene prevista la expropiación forzosa en la Ley 14/2007 –art. 18–<sup>43</sup>.

---

bienes muebles el cambio de ubicación dentro del mismo inmueble en el que esté el bien –art. 45.1–. En nuestro trabajo FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2003): 250, estimamos que el riguroso régimen establecido en esta Ley, que no se olvide tiene su origen en un suceso singular, suscita serias dudas tanto de constitucionalidad, por constituir una limitación excesiva y desproporcionada del derecho de propiedad y de la libertad de circulación de bienes.

<sup>42</sup> Con todo, debe entenderse aplicable el artículo 52.2 LPHE, según el cual si los sujetos obligados incumplen el deber de conservar y, proteger los documentos, la Administración competente adoptará las medidas de ejecución oportunas, conforme a lo previsto en el artículo 36.3 de la propia Ley.

<sup>43</sup> Según la Ley 14/2007, la falta de cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley para las personas propietarias, poseedoras o titulares de derechos sobre bienes inscritos en el Catálogo General del

## IV. EL SISTEMA ARCHIVÍSTICO DE ANDALUCÍA

### 1. Conceptos

La Ley 3/1984 presentó –como se ha indicado antes– la innovación de pretender introducir la idea de Sistema en el ámbito legal de los archivos. Ahora bien, la Ley no definía el Sistema Andaluz de Archivos más allá de su configuración como una red de centros integrado por órganos y archivos –art. 9 y 12–<sup>44</sup>. Por su parte, dejando de lado el cambio terminológico<sup>45</sup>, la Ley 7/2011 –arts. 2.l) y 26– define el Sistema Archivístico de Andalucía como el conjunto de órganos, archivos y centros que llevan a cabo la planificación, dirección, coordinación, ejecución, seguimiento e inspección de la gestión de los documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía y de los archivos integrados en dicho Sistema Archivístico, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 (precepto que clasifica los archivos que integran el Sistema Archivístico de Andalucía se clasifican en razón de su titularidad y gestión), sin perjuicio de lo establecido en la legislación estatal que le sea de aplicación. Ahora bien, la definición de sistema de archivos de la Ley 7/2011 puede ser controvertida, pues hace coincidir su objeto con el Patrimonio Documental, cuando lo cierto es que la propia Ley 7/2011 reconoce que la pertenencia al Patrimonio Documental es independiente de que los documentos estén recogidos o no en archivos –art. 15.1.a)–, por muy amplio que sea la noción de archivo que se maneje. De este modo, seguirá siendo necesario el ejercicio de unas funciones públicas orientadas a la conservación, protección y difusión del Patrimonio Documental al margen del Sistema Archivístico.

De otro lado, la Ley 7/2011 –arts. 2.d) y 33.1– recoge la definición de archivo más extendida, al entender por archivo «el conjunto orgánico de docu-

---

Patrimonio Histórico facultará a la Administración para la expropiación total o parcial del bien por causa de interés social –art. 18.1–. Además, tampoco puede olvidarse que la LPHE –art. 52.2– establece que el incumplimiento de las obligaciones por parte de los poseedores de bienes del patrimonio documental (sin exclusión), cuando además sea desatendido el requerimiento por la Administración, podrá ser causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes afectados.

<sup>44</sup> El Decreto 97/2000, de 6 marzo, del Sistema Andaluz de Archivos, dio un paso más al declarar que el Sistema Andaluz de Archivos se configura como una red de centros formada por un conjunto de órganos y archivos que se integran, a su vez, por razón de su titularidad y gestión en subsistemas y redes –art. 4–.

<sup>45</sup> De «Sistema Andaluz de Archivos» (expresión de la Ley 3/1894 y del Decreto 97/2000, de 6 marzo) se pasa a «Sistema Archivístico de Andalucía» –disposición adicional 7ª–, en un estilo generalizado en la legislación andaluza, así como en otras Comunidades Autónomas.

mentos producidos o recibidos en el ejercicio de sus funciones por las personas físicas o jurídicas, públicas y privadas. Se entiende también por archivo, a efectos de la presente ley, aquella unidad administrativa o institución que custodia, conserva, organiza y difunde los documentos, incluidos los electrónicos, en cualquier etapa de su producción o tratamiento, para la gestión administrativa, la información, la investigación y la cultura»<sup>46</sup>. De este modo, al margen de la mención a los documentos electrónicos (un tanto innecesaria dada la amplitud de la noción de documento), la principal novedad consiste añadir a la noción de institución, la unidad administrativa, de forma que quedan englobados tanto los archivos históricos (instituciones) como los administrativos (unidades administrativas)<sup>47</sup>.

También contiene la Ley 7/2011 –arts. 2.e).f), 34.1 y 35– nociones sobre archivos públicos y privados, si bien esta distinción carece de relevancia efectiva, pues de manera similar a lo que sucedía en la Ley 3/1984, en la cual la distinción con relevancia legal era la que existía entre archivos de uso público y los privados que no fuesen de uso público, en la Ley 7/2011 la distinción con relevancia legal es la de archivos integrados o no en el Sistema Archivístico –arts. 36, 37.2, 39–<sup>48</sup>.

De otro lado, la Ley 7/2011 –art. 33.3– admite que podrán constituirse *redes de archivos* en razón del traspaso de la custodia de los documentos a lo largo de la vida de estos. Asimismo, se podrán establecer otros tipos de redes de archivos dis-

---

<sup>46</sup> La Ley 3/1984 –art. 1.3–, en su versión original, entendió por archivo «el conjunto orgánico de los documentos conservados total o parcialmente con fines de gestión, defensa de los derechos información, investigación y cultura». De este modo, la Ley identificaba el archivo con la noción de fondo documental. Pero la reforma de la Ley 3/1984 operada por la Ley 1/1991, de 3 de julio, añadió a la noción de la Ley 3/1984 que reciben «también el nombre de Archivos las instituciones donde se conservan, ordenan o difunden conjuntos orgánicos de documentos», incorporando la dualidad conceptual introducida por la LPHE –art. 59.1–.

<sup>47</sup> Así, la propia Ley 7/2011 –art. 43.1– define a los archivos centrales como unidades administrativas.

<sup>48</sup> Incluso en relación con el derecho de acceso, donde cabe esperar mayor diferencia de régimen entre archivos públicos y privados, la Ley 7/2011 –art. 66.1– establece que el acceso a los documentos de titularidad privada que formen parte del Patrimonio Documental de Andalucía y que se encuentren en archivos privados integrados en el Sistema Archivístico de Andalucía se regirá por las normas de acceso a los documentos de titularidad pública, de modo que la diversidad de régimen se declara para los archivos privados no integrados en el Sistema Archivístico –art. 66.2–. Únicamente cabe reseñar, en sede del régimen sancionador, el artículo 74.2, según el cual las personas titulares de los archivos privados serán responsables solidarios de las infracciones cometidas por su personal o por otras personas vinculadas a aquellos por cualquier otro título.

tintas a las mencionadas en el apartado anterior con objeto de compartir y explotar información. Así, la Ley –art. 2.k)– define las redes de archivos como el conjunto de archivos vinculados entre sí en razón del traspaso de la custodia de los documentos a lo largo de la vida de estos o de la posibilidad de compartir y explotar información común o de poseer características comunes. No se molesta la Ley, en cambio, en definir qué se entiende por el *ciclo vital de los documentos*, a diferencia de otras leyes autonómicas. Parece que se ha querido intencionadamente evitar toda referencia a las fases o edades de la documentación, cuando lo cierto es que se trata de conceptos estrechamente vinculados<sup>49</sup>.

Por lo demás, la Ley 7/2011 ordena de modo más o menos completo la red de archivos de archivos de la Junta de Andalucía –arts. 41 y ss.–, contemplando las categorías más extendidas de archivos en función de la cadena de custodia: archivos de oficina, centrales, intermedios (los archivos provinciales intermedios y el Archivo General de Andalucía) y archivos históricos (los archivos históricos provinciales, el Archivo de la Real Chancillería de Granada y el Archivo General de Andalucía). Ahora bien, en relación con los archivos de las entidades locales de Andalucía y de las universidades públicas de Andalucía, en razón a su autonomía, la Ley se limita a establecer que cada entidad local y cada universidad pública «establecerá» su propia red de archivos, que incluirá los de sus entidades instrumentales –arts. 49.2 y 50–.

## 2. Órganos del Sistema Archivístico de Andalucía

### A. Los órganos ejecutivos

–*Consejo de Gobierno*. Siguiendo casi al pie de la letra la Ley 14/2007 –art. 92–, la Ley 7/2011 –art. 28– establece que, bajo la superior dirección del Consejo de Gobierno se ejercerá el conjunto de competencias en materia de documentos, archivos y patrimonio documental previstas en la presente ley, conforme al reparto de funciones que se dispone en los preceptos siguientes. Por tanto, en realidad, no se asigna función ejecutiva alguna al Consejo de Gobierno.

---

<sup>49</sup> Como señala la Ley Foral de Navarra 12/2007 –art. 2.g)–, el ciclo vital de los documentos es la secuencia de fases en las que se estructura la vida del documento, desde su creación hasta su conservación definitiva, en consideración a su importancia como testimonio histórico, o bien hasta su eliminación una vez agotado su valor administrativo. De este modo, a partir de la Ley de Cataluña 10/2001 –art. 2–, el resto de las Leyes autonómicas diferencian tres edades de los documentos que se corresponden con las fases activa, semiactiva e inactiva o histórica: Ley de la Comunidad Valenciana 3/2005 –art. 3–; Ley de Baleares 15/2006 –art. 2–; Ley de Extremadura 2/2007 –art. 46.2–; Ley Foral de Navarra 12/2007 –art. 15.2–.

–*Consejería competente*. De nuevo siguiendo de cerca la Ley 14/2007 –art. 93–, la Ley 7/2011 –art. 29.1– establece que la consejería competente en materia de documentos, archivos y patrimonio documental será responsable de la formulación y ejecución de la política dirigida a la tutela, enriquecimiento y difusión del Patrimonio Documental de Andalucía, así como la dirección y coordinación del Sistema Archivístico de Andalucía. Sobre esta determinación conviene mencionar dos aspectos. De un lado, a diferencia de la Ley 3/1984, ya no se menciona nominativamente a la Consejería de Cultura, sino que con mejor técnica legislativa la referencia se realiza a la consejería competente en materia de documentos, archivos y patrimonio documental<sup>50</sup>. Esta técnica es más respetuosa con la competencia del Presidente de la Junta de Andalucía para distribuir las competencias entre las Consejerías (art. 10 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno). De otro lado, la Ley procura no introducir injerencias en el ámbito competencial de otras consejerías, apelando a la cooperación y coordinación en particular con las consejerías competentes en materia de política informática y de administración electrónica –arts. 27.3, 29.1, 58.2–, así como en materia de Administración de Justicia –arts. 29.2.e) y 60.5–. Previsiones que llevan a plantear, una vez más, la conveniencia de una revisión de la tradicional adscripción orgánica al departamento competente en materia de cultura, reforzada por el ahora reconocido por la Ley carácter transversal de la gestión documental<sup>51</sup>. Además, aun cuando no se mencione en capítulo dedicado a los órganos, la Ley 7/2011 asigna expresamente diversas funciones ejecutivas a la dirección general competente en materia de documentos, archivos y patrimonio documental –arts. 16.2, 17.4, 23.3, 78.1.b)–, determinaciones que no implican que exista una dirección general con competencias «exclusivas» en esta materia<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Lo que no se entiende bien es que en casi todos los preceptos [16.1, 17.1, 19, 46.2, 20.2, 20.3, 20.4, 20.5, 21.1, 21.2, 22.1, 22.6, 22.7, 23.1, 23.2, 23.3, 24.3, 30, 36.1.c), 37.1, 39.2, 46.2, 47.2, 52.1 y 5, 55.2, 59, 60.2, 63.1, 66.2.e), 67.1, 76.2, disposiciones adicionales 3ª y 5ª] se omite esta referencia competencial, mencionando exclusivamente «la consejería», sobre todo cuando en ningún momento de explícita que por tal consejería debe entenderse la competente en materia de documentos, archivos y patrimonio documental. Además, si bien en la mayoría se escribe con minúscula, en algunos preceptos sigue apareciendo con mayúsculas (47.2 y 60.2). No cierto es que en el Proyecto de Ley presentado en el Parlamento –art. 5– sí se advertía del uso abreviado del término «consejería», pero esta advertencia se suprimió tras el dictamen de la Comisión.

<sup>51</sup> En otro lugar ya nos pronunciamos sobre la conveniencia de adscribir la competencia en materia de archivos a un Departamento con competencias no sectoriales sino horizontales o transversales, como Presidencia o Administraciones Públicas, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2003): 254.

<sup>52</sup> En mi opinión, se trata de un grado de determinación orgánica impropio de una ley. En no pocas

–*Delegaciones provinciales*. Siguiendo de nuevo casi al pie de la letra la Ley 14/2007 –art. 94–, la Ley 7/2011 declara que corresponderá a las delegaciones provinciales de la consejería el ejercicio de las funciones ejecutivas que se establezcan reglamentariamente, así como las que les delegue la consejería –art. 30–, precepto evidentemente superfluo<sup>53</sup>.

## B. Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos

La Ley 7/2011 –art. 31.1– incluye a la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos dentro de los órganos *ejecutivos*, y la define como el órgano colegiado de carácter técnico y de participación, al que corresponde la valoración de los documentos de titularidad pública y la aplicación de su régimen de acceso. Este órgano viene a sustituir a la anterior Comisión Andaluza Calificadora de Documentos Administrativos<sup>54</sup>. De este modo, la Ley 7/2011 sigue el ejemplo de otras Leyes autonómicas de ampliar las competencias de las tradicionales comisiones de calificación o valoración atribuyéndoles funciones en materia de acceso a los documentos, en consonancia con la mayor relevancia que se asigna a esta cuestión en el Sistema.

Así, entre las funciones de la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos destaca la de evacuar «informe preceptivo en los recursos o reclamaciones presentados contra las denegaciones del derecho de acceso a los documentos custodiados en los archivos del Sistema» –art. 31.3–. Debe señalarse la amplitud de esta función, pues alcanza a archivos no sólo de la Junta de Andalucía sino a todos los integrados en el Sistema, tanto públicos como privados. En relación con los archivos de las entidades locales, la previsión de un informe preceptivo a cargo de un órgano «ejecutivo» de la Administración de la Junta de Andalucía, no se compagina bien con la supresión de controles autonómicos impulsada por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía<sup>55</sup>. Además, se asigna a esta Comisión también la función de

---

leyes, las competencias ejecutivas se refieren de forma genérica a la Administración de la Junta de Andalucía, sin condicionar así decisiones organizativas futuras.

<sup>53</sup> La única competencia que asigna la Ley 7/2011 a las delegaciones provinciales de la consejería competente en la materia es la sancionadora –art. 78.1.a)–.

<sup>54</sup> Así la disposición adicional 7ª dispone que la Comisión Andaluza Calificadora de Documentos Administrativos, creada por el Decreto 97/2000, de 6 de marzo, pasa a denominarse «Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos».

<sup>55</sup> Tal vez habría sido más respetuoso con la autonomía local contemplar la posibilidad de que las entidades locales puedan crear comisiones similares, y sólo en ausencia de éstas entraría en juego la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos.

unificar los criterios de aplicación de la legislación vigente en materia de acceso a los documentos de titularidad pública y a su información<sup>56</sup>. Por lo demás, la Ley 7/2011 –art. 31.2– remite por completo la determinación de la composición de la Comisión al desarrollo reglamentario, si bien debe subrayarse que la propia Ley califica a este órgano como de carácter técnico<sup>57</sup>.

### C. Comisión del Sistema Archivístico de Andalucía

La Ley 7/2011 –art. 32.1– define la Comisión del Sistema Archivístico de Andalucía como el órgano colegiado, consultivo y de participación de la Administración de la Junta de Andalucía, en las materias relacionadas con el Sistema Archivístico de Andalucía. Este órgano viene a sustituir a la anterior Comisión de Coordinación del Sistema Andaluz de Archivos, regulada en el Decreto 97/2000, de 6 de marzo –disposición adicional 7<sup>a</sup>–. Asimismo, la Ley 7/2011 –art. 32.2– remite por completo la composición de la Comisión al desarrollo reglamentario, si bien, declara que, con el fin de posibilitar el eficaz desarrollo de la colaboración con las personas titulares de los archivos integrados en el Sistema, se asegurará la representación adecuada de todos ellos en los órganos ejecutivos, consultivos o de cualquier otro tipo que se creen en el marco de la presente Ley –art. 5.4–. Con todo, el principal problema que plantea este órgano es que sus funciones son marcadamente desdibujadas, lo que lleva a pensar que no tendrá mejor suerte que la anterior Comisión de Coordinación del Sistema Andaluz de Archivos<sup>58</sup>.

## 3. Régimen de los archivos del Sistema Archivístico de Andalucía

Siguiendo el criterio más extendido en la legislación autonómica, la Ley 7/2011 establece un régimen común para todos los archivos integrados en el

---

<sup>56</sup> Así la Ley 7/2011 establece que la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos podrá establecer criterios homogéneos sobre la aplicación de la normativa de acceso, pudiendo dar publicidad a sus informes –art. 62.6–

<sup>57</sup> En este sentido, en otro lugar defendí que la comisión debía tener un perfil técnico, y en su composición no debería buscarse tanto la adecuada representación de los distintos agentes que integran el sistema de archivos como su cualificación técnica –principalmente en el ámbito de la archivística y del Derecho–. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2003): 255.

<sup>58</sup> La Ley –art. 32.3– atribuye a la Comisión del Sistema Archivístico de Andalucía las funciones siguientes: *a)* Actuar como órgano de información, consulta y asesoramiento del Sistema Archivístico de Andalucía. *b)* Elevar propuestas sobre cualquier otra medida para el mejor cumplimiento de los fines del Sistema Archivístico de Andalucía. *c)* Conocer e informar los planes que se refieran al Sistema Archivístico de Andalucía. *d)* Cualesquiera otras funciones que se determinen reglamentariamente. De este modo, apenas

Sistema Archivístico de Andalucía, con independencia de su titularidad –art. 36–, y que no presentan gran novedad (deberes de organizar, conservar, custodiar y servir los documentos de sus archivos, de velar por el cumplimiento de los requisitos técnicos que se establezcan, entre otros).

Entre estos deberes destacan los referentes al personal de los archivos. Ya la Ley 3/1984 dispuso que los Archivos de uso público estarán atendidos por personal suficiente y con la cualificación y el nivel que exijan las diversas funciones, de acuerdo con la reglamentación que se establezca –art. 32–, reglamentación que nunca ha llegado de aprobarse<sup>59</sup>. Por su parte, las determinaciones de la Ley 7/2011 en este punto son claramente decepcionantes, pues se limita a –art. 39.1– prever que «Reglamentariamente se establecerán la cualificación y el nivel técnico necesarios del personal técnico con funciones archivísticas que preste servicio en los archivos del Sistema Archivístico de Andalucía para la gestión, la protección, el acceso y el servicio de los documentos de titularidad pública y del Patrimonio Documental de Andalucía».

La Ley 7/2011 –art. 39.1– establece que reglamentariamente se establecerán las condiciones sobre infraestructuras, instalaciones y equipamientos necesarios para la seguridad y la conservación de los documentos custodiados en dichos archivos, todo ello sin perjuicio de las normas que dicte el Estado en el ejercicio de sus competencias. La Consejería facilitará recomendaciones técnicas para la construcción, reforma o adaptación de los edificios en los que se ubiquen documentos de titularidad pública. Además, reproduciendo un precepto ya contenido en la Ley 3/1984 –art. 20.2– y en la LPHE –art. 64–, la Ley 7/2011 –art. 39.3– declara de utilidad pública a los efectos de expropiación forzosa los edificios y terrenos en los que vayan a ser instaladas dependencias de archivos de titularidad de la Junta de Andalucía<sup>60</sup>. Sin embargo, se echa en fal-

---

se avanza algo más en las competencias en relación con la anterior Comisión de Coordinación del Sistema Andaluz de Archivos. Ni siquiera se reconoce la típica competencia a esta clase de órganos participativos de informar preceptivamente las disposiciones generales de desarrollo del Sistema Archivístico, pues la Ley únicamente habla de informar los planes, a los que, por cierto, la Ley apenas concede atención.

<sup>59</sup> Así, el diagnóstico de la situación que reconoce la propia Administración autonómica en el Plan Estratégico de Cultura de Andalucía (PECA 2007–2011) es el siguiente: «No siempre se encuentra personal especializado al frente de los archivos, situación que generaliza en el ámbito de la administración local, no así en el de la administración de la Junta de Andalucía. (...) Pese a la existencia de disposiciones reglamentarias, la realidad nos hace palpable la carencia sustancial de personal en los archivos de titularidad y/o gestión autonómica».

<sup>60</sup> Lo cierto es que la LPHE –art. 64– va más allá, al añadir que esta declaración de utilidad pública se extenderá a los edificios y terrenos contiguos a los archivos cuando así lo requieran razones de seguridad o sea necesaria para la adecuada conservación de los inmuebles o de los bienes que contengan. En este sentido, Ley de la Comunidad Valenciana 3/2005 –art. 22–.

ta un precepto según el cual en la construcción o reforma de cualquier edificio como sede administrativa de un organismo público debía preverse el espacio necesario y adecuado para la instalación del archivo correspondiente.

Asimismo, la Ley –art. 34.2– establece que los inmuebles de titularidad de la Comunidad Autónoma destinados a la instalación de archivos para la conservación definitiva de documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía tendrán la protección que la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía, establece para los bienes de interés cultural, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 75<sup>61</sup>.

En lo que se refiere a los derechos de las personas titulares de los archivos del Sistema Archivístico de Andalucía, únicamente puede mencionarse el precepto –art. 37.2– según el cual los criterios de valoración que se establezcan en las bases reguladoras de las subvenciones y ayudas que conceda la Junta de Andalucía para el apoyo técnico y económico a los archivos primarán que se trate de archivos integrados en el Sistema Archivístico de Andalucía. Es decir, ni siquiera se exige la integración en el Sistema como presupuesto para poder recibir subvenciones, pues, de hecho, la Ley permite expresamente a la consejería establecer medidas de fomento y de apoyo técnico y económico, a las que podrán acceder las personas titulares de los archivos ubicados en Andalucía –art. 37.1–. De este modo, puede señalarse que la Ley 7/2011 no acierta a reflejar las ventajas de una integración voluntaria en el Sistema por parte de los archivos privados<sup>62</sup>.

Finalmente, la Ley 3/1984 no pudo prever la importancia práctica que, por motivos que sería largo detallar ahora, ha adquirido el fenómeno de la exter-

---

<sup>61</sup> Lo cierto es que el artículo 75.3 de la Ley 14/2007 establece que gozarán de la protección que la presente ley establece para los bienes de interés cultural los inmuebles de titularidad de la comunidad autónoma destinados a la instalación de archivos (bibliotecas, centros de documentación, museos y espacios culturales, así como los bienes muebles integrantes del patrimonio histórico andaluz en ellos custodiados). Es decir, la Ley 14/2007 no limita esta declaración a los archivos históricos, como sí hace la Ley 7/2011. Por lo demás, debe recordarse que la LPHE –art. 60.1– estableció que quedarán sometidos al régimen que la presente Ley establece para los bienes de interés cultural los inmuebles destinados a la instalación de archivos (bibliotecas y museos) de titularidad estatal, así como los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español en ellos custodiados.

<sup>62</sup> Así, otras leyes autonómicas (Ley de Extremadura 2/2007 –art. 51–; Ley Foral 12/2007 de Navarra –art. 11–) prevén determinados beneficios para los archivos integrados en el correspondiente Sistema Archivístico, como son el asesoramiento científico y técnico que presten los órganos del Sistema; la participación en programas de formación y mejora de la cualificación profesional del personal del archivo; o la colaboración económica para la mejora y funcionamiento de los archivos.

nalización de los servicios de archivo en las Administraciones públicas españolas<sup>63</sup>. Sin embargo, algunas Leyes autonómicas de segunda generación sí han contemplado estas prácticas estableciendo algunas cautelas razonables<sup>64</sup>. Por el contrario, la Ley 7/2011 omite toda referencia a tan extendida práctica, y no parece que ignorar una realidad tan notoria sea la mejor política para afrontarla.

#### 4. Archivos de la Junta de Andalucía

##### A. Clasificación de los archivos

La Ley 7/2011 –art. 40– establece que los archivos que integran el Sistema Archivístico de Andalucía se clasifican en razón de su titularidad y gestión en:

a) Archivos de la Junta de Andalucía. Aquí se incluyen tanto los archivos de titularidad y gestión de la Junta de Andalucía, como los archivos de titularidad estatal y gestión de la Junta de Andalucía –art. 41–. En nuestra opinión, es al menos confuso denominar a estos últimos «archivos de la Junta de Andalucía» –art. 41–, pues parecería que son de titularidad autonómica. Habría sido más correcto declarar que estos archivos de titularidad estatal y gestión de la Junta de Andalucía forman parte del subsistema archivístico de la Junta de Andalucía, tal como hacen otras leyes autonómicas<sup>65</sup>. De otro lado, no está clara la aplicación de la Ley a los archivos sanitarios, pues aunque no están expresamente excluidos, la disposición adicional décima parece cumplir esa función de modo tácito<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Las causas de este fenómeno obedecen principalmente a las circunstancias crónicas de falta de medios personales –calificados y auxiliares– y materiales de todo tipo, agravada por ingente acumulación de documentos producida desde Véase Vid. A. TORREBLANCA LÓPEZ, “Externalización y privatización en los archivos de la Administración General del Estado”, y S. FERNÁNDEZ RAMOS, “La privatización de la gestión de los archivos públicos: aspectos legales”, ambos en *Boletín ANABAD*, LI, 2001.

<sup>64</sup> Ley de Cataluña 10/2001 de Archivos y Documentos –art. 8–; Ley de Castilla La Mancha 19/2002 de Archivos Públicos –art. 9–; Ley de la Comunidad Valenciana 3/2005, de 15 de junio, de Archivos –art. 20.1–; Ley 15/2006, del 17 de octubre, de archivos y patrimonio documental de las Illes Balears –art. 12–; Ley Foral 12/2007, de 4 de abril, de Archivos y Documentos.

<sup>65</sup> Por ejemplo, Ley 15/2006, del 17 de octubre, de archivos y patrimonio documental de las Illes Balears –art. 33–.

<sup>66</sup> La disposición declara que en los centros del sistema sanitario público de Andalucía existirá un archivo, que contendrá toda la documentación relacionada con el funcionamiento de los mismos, con excepción de todos aquellos documentos que estén vinculados a la historia clínica de las personas usuarias. Pues bien, salvo que tales archivos puedan calificarse de archivos de oficina (lo cual parece muy forzado), habrá que concluir que están fuera del sistema archivístico, lo cual sería ciertamente sorprendente, dado el volumen y relevancia de la documentación involucrada. Por ello, y a falta de una exclusión clara por parte del legislador,

- b) Archivos de las entidades locales de Andalucía.
- c) Archivos de las universidades públicas de Andalucía.
- d) Archivos de titularidad y gestión distintas a las contempladas en los aparatos anteriores integrados en el Sistema Archivístico de Andalucía.

Asimismo, la Ley 7/2011 no ha previsto regla alguna para la creación de nuevos archivos de titularidad autonómica, cuando la práctica ha demostrado que en ocasiones se crean archivos al margen de los órganos del sistema<sup>67</sup>. Por ello, habría sido interesante exigir un Decreto del Consejo de Gobierno, y el informe de la Consejería competente en materia de archivos, salvo naturalmente que ésta formule la propuesta.

#### B. El Archivo del Parlamento de Andalucía y los archivos de las instituciones de autogobierno

El Proyecto de Ley presentado para su tramitación parlamentaria establecía que el Archivo General de Andalucía es el archivo histórico, entre otras instituciones, del Parlamento de Andalucía. Sin embargo, la Mesa de la Diputación Permanente del Parlamento de Andalucía había adoptado el 9 de julio de 2009 el Acuerdo de “considerar necesario el reconocimiento legal del carácter de archivo histórico en materia parlamentaria para el archivo del Parlamento de Andalucía, manifestándose, sin embargo, a favor de que la documentación producida y recibida por el Parlamento de Andalucía en el ejercicio de sus funciones no sea transferida a ningún órgano dependiente de otra administración”.

A partir de este acuerdo, en el trámite parlamentario del Informe de la Ponencia se introdujeron varias enmiendas en el texto orientadas a independizar el archivo del Parlamento del Archivo General de Andalucía, para lo cual se obliga a la Ley –art. 41– a diferenciar dentro de los archivos de la Junta de Andalucía, de un lado, al Archivo del Parlamento de Andalucía, y de otro, los «Archivos de titularidad y gestión de la Junta de Andalucía» (como si el Archivo

---

parece preferible entender que tales archivos, en la medida en que contienen documentación de titularidad pública en poder de órganos o entidades integradas o dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía, forman parte de dicho sistema. Otra cosa será el alcance de las competencias de coordinación de la Consejería competente en materia de archivos, pero esa es ya una cuestión orgánica.

<sup>67</sup> Así, p. ej., por Orden de la Consejería de Justicia y Administración Pública de 26 de diciembre de 2000, por la que se regulan los expedientes personales correspondientes al personal al servicio de la Junta de Andalucía, se estableció que los órganos competentes de personal debían revisar los expedientes personales existentes, manteniendo durante un año en sus archivos los de aquéllos que hayan producido baja definitiva, trasladándolos posteriormente al *Archivo de la Función Pública*, cuyos responsables, de conformidad con las disposiciones en la materia, lo remitirán al Archivo Central de la Consejería.

del Parlamento de Andalucía no fuese también un archivo de titularidad y gestión de la Junta de Andalucía). Ahora bien, al desaparecer el archivo del Parlamento de Andalucía del artículo 42 referido también a las instituciones de autogobierno, se da la circunstancia de que el Archivo del Parlamento se ha quedado sin regulación en el articulado. Lo único que se puede afirmar, debido a su omisión de los artículos 42 y 45, es que el archivo del Parlamento no tiene que transferir sus fondos al Archivo General de Andalucía<sup>68</sup>.

Por lo demás, la Ley 7/2011 –art. 42– establece que las instituciones de autogobierno de la Comunidad Autónoma reseñadas en el capítulo VI del título IV del Estatuto de Autonomía para Andalucía existirá un archivo, el cual transferirá sus documentos al Archivo General de Andalucía –arts. 42 y 45–.

### C. Archivos centrales

La Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos de Andalucía, no contempló expresamente a los archivos centrales de la Administración de la Junta de Andalucía, pero fueron creados por el Decreto 233/1989, de 7 de noviembre, por el que se establece el funcionamiento de los archivos centrales de las consejerías, organismos autónomos y empresas de la Junta de Andalucía y su coordinación con el Archivo General de Andalucía<sup>69</sup>. Por su parte, la Ley 7/2011 –art. 43.2– confirma las normas anteriores, al establecer que en cada Consejería de la Administración de la Junta de Andalucía, existirá un archivo central. Estos archivos transferirán sus documentos al Archivo General de Andalucía. De este modo, la Ley mantiene el sistema establecido por los Decretos 323/1987 y 233/1989.

De otro lado, como ya se deducía de la propia denominación del Decreto 233/1989, éste extendió la creación de los archivos centrales a organismos autónomos y empresas de la Junta de Andalucía<sup>70</sup>. Sin embargo, así como la creación

---

<sup>68</sup> Lo que sí se ha incluido es una disposición adicional (primera, *Garantía de la autonomía parlamentaria*), según la cual el Parlamento de Andalucía ejercerá respecto a su archivo, dado su carácter de archivo histórico en materia parlamentaria, todas las competencias normativas precisas para la gestión de sus fondos documentales de acuerdo con la autonomía que le garantiza el artículo 102 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

<sup>69</sup> Ya el Decreto 323/1987, de 23 de diciembre, por el que se crea el Archivo General de Andalucía, dispuso que «En todas las Consejerías de la Junta de Andalucía existirá un archivo central que dependerá funcionalmente de la Consejería de Cultura, en los términos que reglamentariamente se determine, existiendo un Director al frente de cada uno de ellos» –art. 5–.

<sup>70</sup> En tal sentido, el Decreto 233/1989 estableció: «Cada Consejería, Organismo Autónomo y Empresa de la Junta de Andalucía ha de tener un archivo central que cuidará y conservará los documentos

de los archivos centrales de las Consejerías es desde hace tiempo una realidad, no ha sucedido así en relación con los archivos de todas las entidades instrumentales del sector público andaluz<sup>71</sup>.

Por su parte, la Ley 7/2011 –art. 43.3– establece que en cada entidad instrumental dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía, existirá un archivo central. Desde un punto de vista formal, debe destacarse que la Ley 7/2011 abandona la referencia de las normas precedentes a los organismos autónomos y empresas públicas, sustituyéndola por la noción genérica de entidades instrumentales, que entendemos que debe interpretarse conforme a la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía –art. 50–<sup>72</sup>. Asimismo, a partir de la enmienda núm. 57 del Grupo Socialista, se asignó la coordinación funcional de los archivos centrales de las entidades instrumentales expresamente al Archivo General de Andalucía –art. 43.6–<sup>73</sup>.

De otro lado, el ordenamiento anterior a la Ley 7/2011 dejaba en una situación de indefinición a los archivos de los órganos territoriales, principalmente de las Delegaciones Provinciales de las Consejerías<sup>74</sup>. Por su parte, la Ley 7/2011 –art. 43– establece lo siguiente: «En cada Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía, así como en cada Delegación Provincial de las res-

---

desde su creación hasta su eliminación o transferencia al Archivo General de Andalucía, ejerciendo, en los límites de su competencia las actividades archivísticas necesarias a tal fin» –art. 1–.

<sup>71</sup> Así, una década después, el Plan General de Bienes Culturales de 2000 todavía se vio obligado a incluir entre sus objetivos el de completar la red de archivos de servicios centrales.

<sup>72</sup> No obstante, la utilización de la expresión «entidad instrumental dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía» plantea un problema, pues deja técnicamente fuera a una serie de entidades públicas vinculadas a la Administración de la Junta de Andalucía, pero que no pueden calificarse de entidades instrumentales. En efecto, la propia Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, contempla a Entidades con régimen de independencia funcional o de especial autonomía, vinculadas a la Administración de la Junta de Andalucía (disposición adicional segunda).

<sup>73</sup> Sin embargo, esta regla no es del todo coherente con el proceso de transferencias establecido en la Ley 7/2011, la cual diferencia entre entidades instrumentales que ejerzan sus competencias en más de una provincia (las cuales transferirán sus documentos al Archivo General de Andalucía –arts. 43.3 y 45–), y entidades instrumentales que ejerzan sus competencias en una sola provincia (las cuales garantizarán el ingreso de los documentos en sus archivos provinciales intermedios correspondientes –arts. 43.3 44.3–).

<sup>74</sup> El Decreto 323/1987 dispuso –art. 6– que «a la documentación generada por los Servicios Periféricos de la Administración Autonómica será de aplicación lo dispuesto en los artículos anteriores, a cuyos efectos, los Archivos Históricos Provinciales cumplirán las funciones asignadas al Archivo General de Andalucía». De este modo, se obligó a los Archivos Históricos Provinciales a realizar la función de archivo intermedio a nivel provincial. Por ello el Plan General de Bienes Culturales de 2000 señaló entre sus objetivos el siguiente: «Solucionar la falta de infraestructura existente en los servicios periféricos de la Junta de Andalucía».

pectivas Consejerías, existirá asimismo un archivo central. Estos archivos transferirán sus documentos a los archivos provinciales intermedios». Este precepto presenta el indudable acierto de consagrar la naturaleza de archivo central de los archivos de las Delegaciones Provinciales<sup>75</sup>.

En cuanto a la coordinación funcional de estos archivos, como es sabido, en la actualidad Decreto 97/2000 de hacer cargar a los ya saturados Archivos Históricos Provinciales con esta función<sup>76</sup>. Por su parte, la Ley 7/2011 –art. 43.1– establece que los archivos centrales de las Consejerías «llevarán a cabo la coordinación funcional de los archivos centrales de sus respectivos órganos territoriales reseñados en el apartado 4». Es decir, los archivos centrales de las Delegaciones Provinciales de cada Consejería debían ser coordinados por archivo central de la correspondiente Consejería. Sin embargo, la idoneidad de esta atribución es cuestionable, pues la documentación de estos archivos se remite a los futuros archivos provinciales intermedios –art. 44 Ley–.

#### D. Los archivos provinciales intermedios

Hace ya años que los archivos históricos provinciales presentan un serio problema de la falta de espacio por saturación debido a la necesidad de recibir la documentación de los órganos territoriales de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales<sup>77</sup>. A este respecto una de las mayores novedades de la Ley es justamente la creación en cada provincia de un archivo provincial intermedio para la organización territorial de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales.

A los archivos provinciales intermedios se transferirán (de acuerdo con los plazos establecidos por la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos) los documentos remitidos por los archivos centrales de la organización territorial de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales en su respectiva provincia. Y, a su vez, los archivos pro-

---

<sup>75</sup> No obstante, el precepto puede suponer en el futuro una rigidez, pues no cabe descartar en el futuro una posible reorganización de la Administración periférica, en el sentido de integración orgánica, tal como han efectuado otras Comunidades Autónomas.

<sup>76</sup> Ya el Plan General de Bienes Culturales, Andalucía 2000, p. 91, señaló la conveniencia de redistribuir las tareas coordinadoras, restando la atribución encomendada a algunos archivos sobrecargados en sí mismos, “como es el caso de los Archivos Históricos Provinciales respecto de los locales”.

<sup>77</sup> En el PECA 2007–2011 se puede leer: «aún se detectan aspectos de mejora en cuanto a la coordinación con otras Administraciones y especialmente vinculados a la inexistencia de un subsistema de archivos para la Administración periférica de la Junta de Andalucía a la que se une la insuficiencia de estructuras orgánicas provinciales de las propias consejerías en materia de archivos».

vinciales intermedios transferirán a los Archivos Históricos Provinciales aquellos documentos calificados de conservación permanente. La Ley añade que los archivos provinciales intermedios serán coordinados funcionalmente por el Archivo General de Andalucía –art. 44.4–, sin embargo, tal vez debería haberse atribuido esta coordinación funcional a los Archivos Históricos Provinciales pues son los destinatarios de sus fondos.

En todo caso, la Ley 7/2011 condiciona la puesta en funcionamiento de los archivos provinciales intermedios a la aprobación por el Consejo de Gobierno, en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de esta Ley, de un Plan de Implantación de los Archivos Provinciales Intermedios, «de acuerdo con los recursos existentes y las necesidades en materia de documentos y archivos de la Administración territorial autonómica» (disposición adicional 8ª)<sup>78</sup>. El plazo es evidentemente excesivo, pues no se trata de implantar los ocho Archivos Provinciales Intermedios en dicho plazo, sino tan sólo de aprobar el Plan, que tendrá, a su vez, el plazo de ejecución que se disponga<sup>79</sup>.

#### E. Archivo General de Andalucía

El Archivo General de Andalucía, previsto en la Ley 3/1984 –art. 13.1–, fue creado mediante Decreto 323/1987, de 23 de diciembre<sup>80</sup>. Por su parte, la Ley 7/2011 –art. 45– se limita a establecer que el Archivo General de Andalucía es el archivo intermedio e histórico para los archivos siguientes: archivos centrales de cada Consejería de la Junta de Andalucía; archivos centrales de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía que ejerzan sus competencias en más de una provincia; y archivos de las instituciones de autogobierno de la Comunidad Autónoma reseñadas en el capítulo VI del título IV del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Estos archivos transferirán al Archivo General de Andalucía sus documentos de acuerdo a los plazos establecidos por la Comisión Andaluza de Valora-

---

<sup>78</sup> El Grupo Popular formuló la enmienda núm. 54, en la que se propuso la supresión de este inciso, razonando que «si depende de los recursos existentes, nunca se pondrá en marcha».

<sup>79</sup> El Grupo Socialista formuló la enmienda núm. 58, en virtud de la cual se adiciona la disposición transitoria siguiente: «Hasta la entrada en funcionamiento de los archivos provinciales intermedios, los archivos históricos provinciales seguirán ejerciendo las funciones establecidas en el artículo 6 del Decreto 233/1987, de 23 de diciembre, por el que se crea el Archivo General de Andalucía».

<sup>80</sup> Sin embargo, lo cierto es que el Archivo General de Andalucía ha carecido de centro propio, debiendo compartir precariamente la sede del Archivo Histórico Provincial de Sevilla. Todavía el Plan General de Bienes Culturales, Andalucía 2000, p. 94, postulaba la ubicación del Archivo General de Andalucía en el Monasterio de San Isidoro del Campo, previsión que también se incumplió.

ción y Acceso a los Documentos, o en su defecto en el plazo que reglamentariamente se establezca –arts. 43.5 y 45–. Por tanto, la Ley mantiene el criterio del Decreto 323/1987 según el cual el Archivo General de Andalucía cumple la doble función de archivo intermedio y de archivo histórico<sup>81</sup>. Por lo demás, a diferencia de otras leyes autonómicas, no se define al Archivo General de Andalucía como centro cabecera del sistema archivístico, papel que parece haber asumido la Consejería<sup>82</sup>.

## F. Archivos Históricos Provinciales

Como es sabido, los Archivos Históricos Provinciales son de titularidad estatal y, por tanto, de competencia exclusiva del Estado, si bien es posible concertar su gestión con la Comunidad Autónoma<sup>83</sup>. Ahora bien, las normas autonómicas se ven obligadas a reconocer que estos archivos están regidos únicamente por la legislación del Estado, pues las competencias autonómicas, en su caso, se ciñen al ámbito de la gestión<sup>84</sup>. Pues bien, la Ley 7/2011 no introduce (tampoco podría, por lo que se ha dicho) grandes novedades. Según la Ley –art. 46.1–, los archivos históricos provinciales radicados en Andalucía son los archivos históricos de la organización territorial de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales en su respectiva provincia. A los Archivos Históricos Provinciales se transfieren los documentos de conservación permanente procedentes de los archivos siguientes: de los respectivos archivos provinciales intermedios –arts. 44.4 y 46.4–; de la Administración de Justicia en Andalucía ubicada en su provincia, salvo en el caso de los documentos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, los cuales se trans-

---

<sup>81</sup> Sin embargo, no puede dejar de señalarse que si bien hasta ahora, debido al carácter reciente de la Junta de Andalucía, esta doble función se ha podido desempeñar sin dificultad, en un futuro podrá ser conveniente disociar ambas funciones, tal como ha efectuado alguna Comunidad Autónoma.

<sup>82</sup> En este sentido, el PECA (pág. 4) declaró «necesario reforzar la estructura administrativa que permita llevarlas a cabo, sobre *todo teniendo en cuenta que la cabecera del Sistema Andaluz de Archivos radica en la propia Consejería*. Es necesario igualmente redefinir el papel del Archivo General de Andalucía (AGA), como el principal centro archivístico propio de la comunidad autónoma». Por lo demás, después de 24 años de su creación, el AGA sigue sin contar con sede propia definitiva.

<sup>83</sup> Así, en Andalucía, la transferencia a la Junta de Andalucía de la gestión de los archivos históricos provinciales radicados en Andalucía (y del Archivo de la Real Chancillería de Granada) tuvo lugar por Convenio con el Ministerio de Cultura de 9 de octubre de 1984, actualizado por un nuevo Convenio de 23 de mayo de 1994.

<sup>84</sup> Así, el Decreto 97/2000 declara que se aplicará a todos los archivos integrados en el Sistema Andaluz de Archivos, sin perjuicio de la aplicación a los archivos de titularidad estatal y gestión autonómica de la legislación estatal y, en su caso, de lo dispuesto en los convenios de gestión que, en relación con los citados archivos, estén suscritos por la Administración General del Estado y la Administración de la Junta de Andalucía que tengan por objeto los archivos de titularidad estatal y gestión autonómica –art. 2.1–.

fieren al Archivo de la Real Chancillería de Granada, como archivo de carácter histórico –arts. 46.3, 48.3 y 47.1–.

Las principales novedades para los Archivos Históricos Provinciales son de carácter indirecto. De un lado, son evidentemente los principales beneficiarios de la creación de los archivos provinciales intermedios, de modo que dejan de cumplir esta función de archivo intermedio respecto a la Administración periférica. Y, de otro lado, la Ley 7/2011 establece que los archivos centrales de las Consejerías llevarán a cabo la coordinación funcional de los archivos centrales de sus respectivos órganos territoriales –art. 43.6–, liberándose también a los Archivos Históricos Provinciales de esta función<sup>85</sup>.

## 5. Otros archivos del Sistema Archivístico de Andalucía

### A. Archivos de las entidades locales de Andalucía

Aun cuando la Ley 7/2011 no lo declare de modo expreso, a partir de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía es indudable la competencia de Ayuntamientos y Diputaciones sobre sus archivos<sup>86</sup>. Por su parte, la Ley 7/2011 establece que las «entidades locales de Andalucía garantizarán la prestación de los servicios de archivo dentro de su ámbito territorial», y añade que «Cada entidad local establecerá su propia red de archivos que incluirá los de sus entes vinculados o dependientes» –art. 49.2–. El mandato no es novedoso, pues ya el Decreto 97/2000, de 6 marzo, dispuso que las entidades locales, sin perjuicio de sus potestades organizativas, constituirán sus redes de archivos de acuerdo con el ciclo vital de los documentos –art. 24.1–. Asimismo, debe observarse que Ley no se refiere a los Municipios y Provincias, sino a las «entidades locales» en general, por lo que este mandato legal alcanza también a las Mancomunidades y, en su caso, a los consorcios, tan importantes en la Comunidad andaluza<sup>87</sup>. De otro lado, la red de archivos de cada en-

---

<sup>85</sup> Según el Decreto 97/2000, de 6 marzo, corresponde a los Archivos Históricos Provinciales, de acuerdo con las directrices emanadas de la Consejería de Cultura, la coordinación técnica de los archivos de las Delegaciones Provinciales de la Junta de Andalucía –art. 23.5–.

<sup>86</sup> Así, la Ley 5/2010 –art. 9.17– declara que la competencia propia en materia de cultura incluye la elaboración, aprobación y ejecución de planes y proyectos municipales en materia de archivos (y bibliotecas, museos y colecciones museográficas). Y una de las escasas competencias materiales propias que la Ley 5/2010 atribuye a las Diputaciones Provinciales es la competencia sobre los «archivos de interés provincial» –art. 15.3–.

<sup>87</sup> La naturaleza jurídica de los consorcios ha sido siempre muy controvertida, pero la Ley 5/2010 de Autonomía Local establece los consorcios participados mayoritariamente por entidades locales y que persigan fines en materia de interés local se considerarán entidades locales de cooperación territorial a los

tividad local debe incluir los archivos de sus «entes vinculados o dependientes», expresión que coincide con la empleada por la Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía –art. 33.2–, por lo que debe interpretarse en el sentido establecido en esta norma.

Ahora bien, la Ley deja absolutamente indeterminada la estructura de las redes de archivos locales. No obstante, lo cierto es que un «conjunto de archivos» –arts. 2.k) y 33.2– requiere, al menos, dos archivos, y necesariamente deberán existir archivos de oficina (es decir de las unidades que generan la documentación) y un archivo con funciones de archivo histórico, es decir, de custodia y conservación de los documentos calificados como de conservación permanente –art. 2.j)–. La existencia de archivos centrales e intermedios queda, por tanto, remitida a la potestad organizatoria de las entidades locales, en función de las dimensiones de su estructura organizativa y el volumen de producción documental, pues la estructura de la red debe adaptarse a la complejidad organizativa de la entidad titular.

Pero, sobre todo, el aspecto más novedoso de la Ley 7/2011 es el precepto según el cual los archivos «de las diputaciones provinciales y de los ayuntamientos de municipios con más de 15.000 habitantes deberán estar a cargo de personal con la cualificación y nivel técnico que sea necesario, de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación» –art. 49.3–. Frente a este precepto debe recordarse que el Decreto 97/2000 –art. 127– establece que en los archivos de la Administración Local, corresponderá a sus órganos competentes determinar la titulación superior o media del archivero o de la archivera que esté al frente de aquéllos. Por el contrario, el precepto de la Ley 7/2011 supone habilitar a la Administración autonómica para determinar la cualificación del personal de los archivos de estos Municipios<sup>88</sup>. Ahora bien, si esto es así, cabe preguntarse ¿qué añade este precepto al artículo 39.1, donde ya se dice, con carácter general, que reglamentariamente se establecerán la cualificación y el nivel técnico necesarios del personal técnico con funciones archivísticas que preste servicio en los archivos del Sistema Archivístico de Andalucía?

---

efectos de esta ley –art.78.3–. Por el contrario, no parece que las entidades locales descentralizadas –arts. 112 y siguientes Ley 5/2010– deban disponer de servicio de archivo, sino que su fondo documental debe entenderse que forma parte de la red de archivos del municipio al que estén adscritas.

<sup>88</sup> Por el contrario, el Grupo Popular formuló la enmienda núm. 36, en la cual se propuso la siguiente redacción: «En los archivos de la Administración Local, corresponderá a sus órganos competentes determinar la titulación y formación del personal con que deban estar dotados». Es decir, desaparecía la previsión de una normativa que fijara el nivel de formación.

Lo cierto es que otras leyes autonómicas han dado un paso más abierto en el sentido de establecer los ayuntamientos de municipios a partir de cierto número de habitantes están obligados a tener un servicio de archivo propio, dotado de personal archivero con la titulación correspondiente y de instalaciones adecuadas para conservar los documento. De este modo, se configura el servicio de archivo como un servicio municipal mínimo, naturalmente si perjuicio de que todos los ayuntamientos y las demás administraciones locales pueden crear y gestionar su propio archivo<sup>89</sup>.

De otro lado, se planea la cuestión de los pequeños (y no tanto) Municipios que tienen dificultades para mantener un archivo propio. A este respecto, la Ley 4/1984 contemplaba una previsión audaz: «En ámbitos territoriales superiores al municipal, la Consejería de Cultura podrá designar archivos que, con carácter de histórico y situados en el municipio que ofrezca las condiciones más idóneas, reúnan la documentación de otros municipios del entorno que no presenten las condiciones adecuadas de conservación, seguridad y acceso» –art. 13.2–. Ni que decir tiene que esta medida de concentración a la francesa quedó inédita debido a la propia dinámica de la política local. A este respecto, la Ley 7/2011 opta por una previsión mucho más débil, según la cual las entidades locales podrán mancomunarse para la prestación de los servicios de archivo –art. 49.4–, previsión además superflua, pues ya se contempla en la legislación general de régimen local<sup>90</sup>.

De otra parte, la Ley 7/2011 –art. 49.5– obliga a la Administración de la Junta de Andalucía a promover el establecimiento de medidas que contribuyan a la conservación del Patrimonio Documental de Andalucía y a la prestación de los servicios de archivo de las entidades locales. Se trata de un mandato vago que apenas añade nada al artículo 37.1, el cual establece, con carácter general, que la consejería podrá establecer medidas de fomento y de apoyo técnico y económico, a las que podrán acceder las personas titulares de los archivos ubicados en Andalucía. De hecho, lo más significativo en este aspecto es la ausencia de atribución específica a las diputaciones provinciales de competencia cooperativa respecto a los archivos municipales, si bien

---

<sup>89</sup> Más de diez mil habitantes en los casos de la Ley de Cataluña 10/2001 –art. 31.1–, Ley de la Comunidad Valenciana 3/2005 –art. 36.1– (y Diputaciones), y Ley de Extremadura 2/2007 –art. 36.2–.

<sup>90</sup> En la actualidad, la Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía establece que los municipios tienen derecho a asociarse entre sí, constituyendo mancomunidades, para la planificación, establecimiento, gestión o ejecución en común de obras y servicios determinados de competencia propia –art. 63.1–. De hecho, el Grupo Popular formuló la enmienda núm. 37, en la que se propuso la supresión de este apartado.

deben entenderse vigentes las competencias genéricas de asistencia a los municipios reconocidas en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía –arts. 11 y ss.–.

### B. Archivos de las universidades públicas de Andalucía

Debido a la autonomía constitucionalmente reconocida a las Universidades públicas –art. 27.10 CE–, los archivos de estas entidades no pueden considerarse como dependientes de la Administración autonómica, sino que, de modo similar a los archivos de las Entidades Locales, han de reputarse como archivos constitutivos de un subsistema autónomo<sup>91</sup>. Por su parte, la Ley 7/2011 se limita a establece que las universidades públicas de Andalucía establecerán su propia red de archivos que incluirá los de sus entidades instrumentales –art. 50–, así debe señalarse la práctica extendida de creación por parte de las Universidades de fundaciones. Por lo demás, es aplicable la antes indicada con ocasión de los archivos de las entidades locales indefinición de la red de archivos.

### C. Otros Archivos

La Ley 3/1984 –art. 9.2– pretendió estructurar el Sistema Andaluz de Archivos a partir de la noción de “archivos de uso público”, entendiendo por tales todos los archivos titularidad pública de competencia autonómica, así como «los de titularidad privada que reciban de los poderes públicos subvenciones o ayudas en cuantía superior a la mitad de su presupuesto ordinario» –art. 11–, sin perjuicio de la voluntaria integración en el sistema de otros archivos de titularidad privada –art. 9.2–. No obstante, aun cuando el Decreto 97/2000 –art. 16.1 siguió haciendo mención a esta integración por mandato legal –art. 26.3–, en la práctica, no consta que se haya hecho uso de esta disposición<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> En este sentido, el Decreto 97/2000 declaró que son archivos de titularidad universitaria los de las Universidades de Andalucía, así como los de las dependencias o servicios adscritos a aquéllas –art. 20– y, al igual que en relación con las Entidades Locales, admitió que las Universidades, como entes autónomos, constituyan sus propias redes de archivos, “de acuerdo con el ciclo vital de los documentos” –art. 25–.

<sup>92</sup> Incomprensiblemente, el Decreto 97/2000 –art. 26– remitió a Orden de la Consejería la ordenación del procedimiento para solicitar la integración de los archivos de titularidad privada en el sistema andaluz de archivos, limitándose a regular la documentación a acompañar a la solicitud. Finalmente, la Orden de 16 de junio de 2004, por la que se regula el procedimiento para la integración de archivos de titularidad privada en el Sistema Andaluz de Archivos, se ve obligada a declarar que los Archivos de titularidad privada que se consideren de uso público por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 3/1984, de 9 de enero, quedan integrados en el Sistema Andaluz de Archivos de acuerdo con el artículo 21 del Decreto 97/2000, de 6 de marzo, por lo que no les resulta de aplicación el procedimiento establecido en esta Orden –art. 2.2–.

Por su parte, según la Ley 7/2011, la inclusión de un archivo distinto de los contemplados en las secciones anteriores en el Sistema Archivístico de Andalucía se producirá *a petición* de las personas físicas o jurídicas públicas o privadas interesadas, y se resolverá, en un plazo no superior a seis meses, de acuerdo con el procedimiento y con los requisitos que se establezcan en las normas que desarrollen el procedimiento de integración –art. 51–. En primer lugar, debe observarse que, a diferencia del Decreto 97/2000 el cual sólo contempla la integración de los archivos de titularidad privada en el Sistema Andaluz de Archivos –art. 26–, la Ley 7/2011 habla de peticiones de personas *públicas* o privadas. Esto es así porque la propia Ley 7/2011 establece que la Comunidad Autónoma colaborará con el Estado para la integración en el Sistema Archivístico de Andalucía de los archivos estatales ubicados en el territorio andaluz –art. 5.3–.

De otro lado, de modo pragmático, se abandona definitivamente la indicación de integración *ope legis* prevista en la Ley 3/1984, siguiendo asimismo el criterio más extendido en la legislación autonómica. En cuanto a la integración en sí misma, como se ha visto, la Ley remite al ámbito reglamentario tanto la determinación de los requisitos (sustantivos y formales) como del procedimiento. Y sorprende que la única determinación de la Ley, no trate sobre los requisitos sustantivos sino sobre el procedimiento. En todo caso, la futura norma reglamentaria que desarrolle a la Ley en este punto deberá rectificar el criterio de la norma reglamentaria vigente, que en lugar de establecer requisitos reglados hacer referencia a unos, en ocasiones vagos, criterios de valoración, que parece conceder a la Administración un cierto margen de apreciación<sup>93</sup>.

En cuanto al procedimiento de integración, como se ha señalado, la Ley 7/2011 se limita a fijar un plazo de seis meses para la resolución (y notificación) del procedimiento, plazo que coincide con el establecido en la actualidad en la vigente norma reglamentaria, y que al no exceder del plazo máximo para los procedimientos que impone la Ley 30/1992 para exigir la reserva de Ley era innecesaria su determinación en la Ley 7/2011. Finalmente, sin perjuicio de determinación normativa de los requisitos que han de cumplir los archivos para poder integrarse en el Sistema, entendemos que el procedimiento debería estar abierto a la terminación convencional, pues de lo que se trata de favorecer esa integración. Además, en el caso específico de integración de un

---

<sup>93</sup> Así la Orden de 16 de junio de 2004, por la que se regula el procedimiento para la integración en el Sistema Andaluz de Archivos, se refiere, entre otros criterios, a «La contribución al acrecentamiento y enriquecimiento del Patrimonio Documental Andaluz, así como la singularidad de los documentos, fondos y/o colecciones constitutivos del Archivo objeto de la integración» –art. 6–.

archivo de titularidad estatal, tal operación debe plasmarse necesariamente en un convenio interadministrativo de colaboración<sup>94</sup>.

## 6. El Censo de Archivos de Andalucía

La Ley 3/1984 –art. 17– dispuso que la Junta de Andalucía procederá a la confección de un censo de archivos y fondos documentales constitutivos del Patrimonio Documental Andaluz, en cada una de las ocho provincias, incluyendo una estimación cuantitativa y cualitativa, así como su estado de conservación y su seguridad. Sin embargo, este mandato tardó casi veinte años en cumplirse<sup>95</sup>.

Por su parte, la Ley 7/2011 –art. 52.1– establece que el Censo de Archivos de Andalucía es el instrumento para la identificación de los archivos radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma que custodian documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía. Parece evidente que este censo sustituye al previsto en la Ley anterior<sup>96</sup>. No obstante, en tal caso, entendemos que la ubicación sistemática más correcta de esta figura sería en el capítulo referido al Patrimonio Documental de Andalucía, pues es perfectamente posible que existan archivos de titularidad privada incluidos necesariamente en el Censo de Archivos de Andalucía por custodiar documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía, pero que, sin embargo, no estén integrados en el Sistema Archivístico de Andalucía, pues tal integración es exclusivamente voluntaria –como nos consta–.

---

<sup>94</sup> Asimismo, en el caso de integración de archivos de la Iglesia Católica, habrá que estar a lo dispuesto en el Acuerdo sobre la constitución, composición y funciones de la Comisión Mixta, Junta de Andalucía y Obispos de la Iglesia Católica de Andalucía para el Patrimonio Cultural, publicado mediante Orden de la Consejería de Cultura de 2 de abril de 1986, y al que se refiere la propia Ley 7/2011 en su disposición adicional tercera.

<sup>95</sup> El propio Parlamento andaluz aprobó el 23 de octubre de 1998 una proposición no de ley en Comisión, promovida por el Grupo Izquierda Unida, instando al Gobierno andaluz a la realización a lo largo de 1999 del censo de archivos y fondos constitutivos del Patrimonio Documental Andaluz (*BOPA* núm. 274, de 24–11–1998). Así, el Plan General de Bienes Culturales, Andalucía 2000, p. 91, fijó justamente como primera medida la elaboración del Censo de Archivos Andaluces. Por acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de noviembre de 2000 se aprobaron las directrices para la elaboración del censo de fondos y colecciones del Patrimonio Documental Andaluz –en cumplimiento de la previsión contenida en la disp. adicional 1ª del Decreto 97/2000–, y, por Orden de la Consejería de Cultura de 6 de marzo de 2001 se aprobó el Plan para la elaboración del citado Censo, de acuerdo con dichas directrices.

<sup>96</sup> Así, la disposición adicional cuarta establece que a la entrada en vigor de esta ley, los archivos y los documentos, fondos y colecciones censados con arreglo a lo previsto en el artículo 17.1 de la Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos, quedarán incorporados al Censo de Archivos de Andalucía previsto en el artículo 52 de esta ley.

En cuanto a su contenido, la Ley 7/2011 –art. 52.2– establece que el Censo de Archivos de Andalucía comprenderá la información que permita conocer los datos básicos de todos los archivos contemplados en el apartado anterior dependientes tanto de personas físicas como jurídicas de cualquier naturaleza, y de los documentos en ellos custodiados. Aun cuando, a diferencia de la Ley 3/1984, no se habla ya de censo de fondos documentales, parece defendible que la referencia a los «datos básicos» incluye a los fondos documentales de consta cada archivo. Por lo demás, las normas sobre elaboración y difusión del censo son similares a las anteriores.

## V. LA GESTIÓN DOCUMENTAL

### 1. Concepto y funciones de la gestión documental

Una de las principales novedades de la Ley 7/2011 es la introducción de la metodología de la gestión documental<sup>97</sup>. Así, debe recordarse que uno de los objetos de la Ley es precisamente regular la gestión de los documentos de titularidad pública y del Patrimonio Documental de Andalucía –art. 1–.

Ciertamente, ya el Decreto 97/2000 había dado carta de naturaleza al principio del ciclo vital de los documentos o teoría de las edades documentales, pero en la economía del Decreto el ciclo vital de los documentos tiene por principal efecto determinar las redes de archivos –art. 16.2– y con ellas las transferencias regulares de documentación –art. 50–. De este modo, aun cuando se intenta involucrar a las unidades de gestión administrativa en algunas funciones archivísticas –como la identificación y valoración documental (arts. 27.2 y 29.2 Decreto 97/2000)–, lo cierto es que el sistema archivístico no alcanza, apenas, a penetrar en la gestión administrativa, deteniéndose en la gestión archivística en sentido estricto.

Por su parte, la Ley 7/2011 –arts. 2.m) y 53– define la gestión documental como el conjunto de funciones y procesos reglados, aplicados con carácter transversal a lo largo del ciclo vital de los documentos, para garantizar el acceso y uso de los mismos, así como para la configuración del Patrimonio Documental de Andalucía<sup>98</sup>. Según la 7/2011 –art. 54.1–, la gestión documental

---

<sup>97</sup> Es mérito de la Ley de Cataluña 10/2001 la introducción en una norma legal del concepto de sistema de gestión documental.

<sup>98</sup> Sobre el ciclo vital de los documentos nos remitimos a lo indicado más arriba a propósito de las redes de archivo.

está integrada por las siguientes funciones *archivísticas* aplicadas a los documentos: la identificación, la valoración, la organización, la descripción, la conservación, la custodia, el acceso y el servicio<sup>99</sup>. Pero, además, la Ley explicita que la gestión documental implicará el diseño mismo de los documentos, para garantizar su autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y contextualización, requisitos que la ley impone a los documentos de titularidad pública –art. 11.1–. Además, la gestión documental implica la definición de los sistemas de información, con el fin de garantizar la capacidad de estos sistemas para generar los metadatos necesarios que han de asociarse al documento para su adecuada gestión archivística –art. 54.2–, pues son los metadatos los que precisamente posibilitan la exigencia de contextualización de los documentos.

Por ello, la Ley recalca la idea según la cual gestión documental (en el ámbito de la Junta de Andalucía) es común e integrada en la gestión administrativa –art. 56.1–. Pero, sobre todo, la Ley 7/2011 insiste en el carácter transversal de la gestión documental, «ya que participan en la misma todas las personas responsables de la gestión administrativa y se aplica a todos los ámbitos de actividad» –art. 2.m)–<sup>100</sup>. Y, del mismo modo, en el carácter transversal de las funciones archivísticas recogidas en el artículo 54 y los principios archivísticos de respeto al origen y al orden natural de los documentos aplicados a lo largo del ciclo vital de los mismos con independencia de su productor –art. 4.3–.

Por lo demás, la Ley 7/2007 –art. 55– establece que las indicadas funciones de la gestión documental se aplicarán en todos los archivos del Sistema Archivístico de Andalucía. Las administraciones públicas andaluzas establecerán en sus respectivos ámbitos el uso de sistemas de información para la gestión de los documentos de titularidad pública, de conformidad con las funciones de la gestión documental –referidas en el artículo 54–, con las normas archivísticas y con los principios técnicos que establezca la consejería<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Ignoramos por qué no se ha incluido la eliminación de los documentos, que constituye una evidente operación de gestión documental.

<sup>100</sup> Reitera esta idea la Ley, en sede de la gestión documental en el ámbito de la Junta de Andalucía, al declarar que, de acuerdo con el carácter transversal de la gestión documental, en las funciones y procesos reglados de esta participarán todas las personas responsables de la gestión administrativa y de la custodia de los documentos de titularidad pública –art. 56.2–.

<sup>101</sup> Según dispone la Ley, corresponde a la consejería competente en la materia, como órgano de dirección y coordinación del Sistema Archivístico de Andalucía la elaboración y, en su caso, aprobación de las disposiciones normativas referentes a los archivos que integran el Sistema Archivístico de Andalucía y de las normas técnicas y procedimientos para la gestión documental –art. 29.2.a)–. Asimismo, debe recordarse que quienes ostenten la titularidad de los archivos del Sistema Archivístico de Andalucía están

De este modo, aun cuando se declara que las funciones de la gestión documental se aplicarán en todos los archivos del Sistema Archivístico de Andalucía, el mandato a implantar sistemas de información para la gestión de los documentos se circunscribe a las administraciones públicas andaluzas (principalmente entidades locales y universidades públicas, pues la Administración de la Junta de Andalucía cuenta con una regulación propia). Y lo cierto es que lo razonable es vincular la gestión documental a los documentos de titularidad pública, pues éstos forman parte del Patrimonio Documental desde el mismo momento en que se generan<sup>102</sup>.

## 2. La gestión documental en la Junta de Andalucía

Al margen de reiterar las ideas de el carácter transversal de la gestión documental, y de su integración en la gestión administrativa, la Ley 7/2011 –art. 60.2– crea el *Sistema de Información de Archivos de la Junta de Andalucía*, como sistema común para la gestión integrada de los documentos de su competencia, de acuerdo con los principios y criterios técnicos archivísticos que la rigen, correspondiendo su coordinación a la Consejería en materia de archivos<sup>103</sup>. Así, en otro lugar, la Ley declara que el Sistema Archivístico de Andalucía promoverá un modelo común de gestión documental acorde con la implantación de la administración electrónica, siguiendo los principios de cooperación y colaboración entre las consejerías competentes en materia de documentos, archivos y patrimonio documental, administración electrónica y política informática –art. 27.3–<sup>104</sup>.

---

obligados a aplicar las funciones de gestión documental, de acuerdo con lo previsto en esta ley y con las normas técnicas básicas que pueda fijar la consejería –art. 36.1.c) 1ª.

<sup>102</sup> Dicho de otro modo, es razonable que la integración de un archivo privado en el Sistema de Archivos comporte una serie de deberes que atañen a la gestión del *archivo* correspondiente, pero no a la gestión de los documentos por parte de la entidad privada de la que proceden, pues ello supondría una clara injerencia en la autonomía privada, no exigida por dogmática del Patrimonio Documental. Por todo ello, bien podría haberse incluido esta parte de la Ley dentro del capítulo referido a los documentos de titularidad pública.

<sup>103</sup> El precedente de este Sistema de Información de Archivos de la Junta de Andalucía se encuentra en la Orden de 20 de febrero 2007, por la que se regula la implantación y uso del Sistema de Información para la Gestión de los Archivos de titularidad y/o gestión de la Junta de Andalucía (proyecto @rchi-va Andalucía), que se declara de aplicación a todos los órganos, unidades y archivos de titularidad y/o gestión de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus organismos autónomos y empresas públicas. El propio consejero informó en el debate a la totalidad del proyecto de ley que 76 archivos trabajan con este sistema que cuenta ya con más de ocho millones cuatrocientos mil documentos en soporte digital. DSPA Plenos núm. 121, 8 de junio de 2011, pp. 20 y ss.

<sup>104</sup> Según la Ley –art. 29.2.c)–, corresponde a la consejería competente en la materia el diseño, implantación y coordinación de un sistema de información de archivos para la gestión documental de la Junta de Andalucía y el impulso para su extensión, en su caso, a los demás archivos integrados en el Sistema Archivístico de Andalucía.

El Sistema de Información de Archivos de la Junta de Andalucía interoperará con el resto de sistemas de información de la Junta de Andalucía para gestionar la transferencia de la custodia de los documentos electrónicos conforme a los plazos establecidos. También interoperará con el sistema en el que se almacenen los documentos electrónicos de la Junta de Andalucía para facilitar el acceso y uso de los documentos que en él se custodian<sup>105</sup>. Por lo demás, puede señalarse que los reglamentos de régimen interior de algunas de las nuevas agencias públicas aprobadas están recogiendo la implantación de sistemas de gestión documental<sup>106</sup>.

## VI. EL ACCESO A LOS DOCUMENTOS

### 1. Acceso a los documentos de titularidad pública

Tras un par de preceptos perfectamente superfluos –arts. 61 y 62.1–, la Ley 7/2011 establece lo siguiente: «El acceso a los documentos que contengan datos personales que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen queda reservado a las personas titulares de esos datos o a quienes tengan su consentimiento expreso. Sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación específica, podrán ser consultados cuando hayan transcurrido veinticinco años desde la muerte de los afectados, si la fecha se conoce, o, de lo contrario, a los cincuenta años desde la fecha de los documentos» –art. 62.2–. Como es notorio, este precepto coincide con lo establecido en la LPHE –art. 57.1–.

De este modo, se corrige la redacción de la Ley 3/1984, según la cual en el supuesto de que la información afecte a la seguridad, honor o intimidad de las personas físicas, la consulta de los documentos «no podía realizarse sin consentimiento expreso de los afectados o hasta que transcurran veinticinco años desde el fallecimiento de las personas afectadas o cincuenta años a partir de la fecha de los documentos», lo que parecía admitir que no era necesario el consentimiento cuando indistintamente se diera alguno de los dos supuestos (vein-

---

<sup>105</sup> Además, la Ley crea el Registro General de los Sistemas de Información que produzcan o custodien documentos electrónicos, configurado como el instrumento necesario para el seguimiento y control de la producción y custodia de documentos electrónicos de la Administración de la Junta de Andalucía –art. 59–.

<sup>106</sup> Es el caso del Reglamento de Régimen Interior de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía (BOJA 15–7–2011), que llega a declarar que la estructura básica documental describe y marca el funcionamiento de la Agencia y, por lo tanto, del Sistema de Gestión de la Agencia.

ticinco años desde el fallecimiento de las personas afectadas «o» cincuenta años a partir de la fecha de los documentos). Por el contrario, la LPHE establece claramente que el plazo de los cincuenta años a partir de la fecha de los documentos sólo es aplicable si se desconoce la fecha del fallecimiento del interesado («o, en otro caso»), redacción a la que ahora se ajusta la Ley 7/2011<sup>107</sup>.

De otro lado, la Ley 7/2011 –art. 62.3– establece que el «órgano responsable de la custodia de los documentos podrá desestimar la solicitud de acceso a los documentos y a su información cuando la misma no se encuentre en su poder, cuando la solicitud sea manifiestamente irrazonable o cuando esta se formule de manera excesivamente general». Aparentemente, la redacción de este precepto está inspirada en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente –art. 13.1–. No obstante, salvo el caso de solicitud manifiestamente irrazonable, en los otros dos supuestos deben realizarse algunas observaciones.

La citada Ley 27/2006 habilita a denegar las solicitudes de información ambiental cuando «la información solicitada a la autoridad pública no obre en poder de ésta o en el de otra entidad en su nombre», entendiendo la noción de autoridad de un modo amplio, como la entera persona jurídica, mientras que en la Ley 7/2011 basta que la información solicitada órgano no se encuentre en poder del «responsable de la custodia de los documentos». Además, cuando se produzca dicho supuesto, la Ley 27/2006 obliga a remitir la solicitud a la autoridad pública que posea la información y a dar cuenta de ello al solicitante –art. 10.2.b)–. De otro lado, en el caso de que se considere que la solicitud está formulada de manera «excesivamente general», antes de denegar la solicitud por este motivo, la Ley 27/2006 obliga a la autoridad pública a pedir al solicitante que concrete su petición de información y a asistirle en este labor –art. 10.2.a)–. Ninguna de estas cautelas han sido incluidas en la Ley 7/2011<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Con todo, la aplicación del artículo 57.1 LPHE (y ahora del art. 62.2 Ley /2011) es más complicada de lo que parece, pues la aplicación del plazo de los 50 años requiere de un supuesto singular: que conste que el interesado haya fallecido pero no conste la fecha exacta del óbito, porque de conocerse esa fecha sería de aplicación el plazo de 25 años a partir de la misma. Y ciertamente se trata de supuesto difícil, pues si se acredita el fallecimiento generalmente se conocerá la fecha.

<sup>108</sup> Sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, véase S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 15, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2009.

De otra parte, la Ley 7/2011 –art. 62.4– establece que el acceso a los documentos «podrá ser denegado cuando el estado de conservación de los mismos así lo requiera». Igualmente se añade que la obtención de reproducciones de los documentos estará condicionada por su estado de conservación –art. 63.3–<sup>109</sup>. Ahora bien, dejando al margen el carácter anacrónico de esta limitación, pues las nuevas tecnologías permiten capturar la información contenida en el documento sin riesgo apenas para su conservación, el principal problema que presenta es su alcance aparentemente indefinido, sin que la Ley establezca en tales casos alternativa alguna, a diferencia de otras leyes autonómicas.

En quinto lugar, la Ley 7/2011 –art. 62.5– establece que se «denegará la consulta directa de los documentos originales a las personas que hayan sido condenadas por sentencia firme por la comisión de delitos contra la seguridad y conservación del Patrimonio Documental. Queda exceptuada de esta limitación la consulta de los documentos pertenecientes a procedimientos en los que sean parte interesada». Esta excepción tiene su antecedente en la Ley 3/1984, según la cual podrá denegarse el acceso al patrimonio documental y bibliográfico a las personas que hayan sido sancionadas por su actuación contra la seguridad y conservación de dicho patrimonio (precepto añadido por la Ley 1/1991). Ahora bien, se aprecian importantes diferencias entre ambos preceptos: así en la Ley 3/1984 el presupuesto de la causa de denegación consistía en haber sido sancionado, por lo que bastaba la comisión de una infracción administrativa en materia de patrimonio documental, mientras que en la Ley 7/2011 se exige la condena por sentencia firme por la comisión de delitos contra la seguridad y conservación del Patrimonio Documental, y ciertamente parece razonable reservar a los jueces tan importante efecto sobre el ejercicio de un derecho cívico, y se cuida de exceptuar la consulta a documentos pertenecientes a procedimientos en los que sean parte interesada, pues verse afectado el derecho a la tutela judicial. Pero, además, en la Ley 3/1984 se permitía una denegación genérica del acceso, mientras que la Ley 7/2011, de forma más proporcionada, matiza que se denegará la consulta directa de los documentos *originales*, por lo que no es excluye el acceso a copias de los mismos. Por tanto, en este punto la Ley 7/2011 mejora notablemente lo establecido en la ley anterior.

De otro lado, la Ley 7/2011 omite, acertadamente dos reglas contenidas en la Ley 3/1984. En primer lugar, la Ley 3/1984 dispuso que la consulta pública de los documentos de titularidad pública “será posible a partir de los trein-

---

<sup>109</sup> En este sentido, ya la Ley 3/1984 condicionada la consulta a que no supusiera riesgo para la seguridad de los documentos.

ta años de haber finalizado su trámite o vigencia administrativa” –art. 27.a)–. Aun cuando parecía evidente que la Ley 3/1984 no establecía que la documentación pública tuviese carácter reservado hasta tanto transcurriera el mencionado plazo de treinta años, la Ley 3/1984 sí parecía, no obstante, conceder una amplísima discrecionalidad a la Administración, al establecer que “se podrá reducir este término temporal siempre que la información no implique riesgo para la seguridad pública o privada” –art. 27.b)–. Este criterio, que pudo ser comprensible en 1984 era del todo inadmisibles tras la entrada en vigor de la LRJPAC, pues es evidente que la Administración no disfruta de una potestad discrecional para autorizar o no el ejercicio del derecho, sino que el acceso a la misma estará sujeto a las reglas generales establecidas en el art. 37 de la propia LRJPAC<sup>110</sup>. De este modo, con buen criterio, la Ley 7/2011 ha suprimido toda referencia al plazo de los treinta años.

En segundo lugar, la Ley /2011 omite el precepto de la Ley 3/1984 según el cual no podrá autorizarse la consulta pública cuando la información contenga datos que «pueda afectar a los intereses vitales de Andalucía», y que constituía una cláusula en extremo vaga<sup>111</sup>.

Respecto, al procedimiento de acceso y derecho de obtención de copias de los documentos de titularidad pública, la Ley 7/2011 –art. 63.1– se limita a declarar que el ejercicio del derecho de acceso a los documentos de titularidad pública y obtención de copias de los mismos está sujeto a lo dispuesto en los artículos 37 de la LRJPAC, y 86 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y al procedimiento que se establezca mediante orden por la consejería<sup>112</sup>. Es decir, la Ley renuncia a establecer

---

<sup>110</sup> Ciertamente la ordenación legal del derecho de acceso contenida en la Ley 30/1992 –art. 37– no está exenta de incertidumbres, por las que ha sido ampliamente censurada, pero en modo alguno puede decirse que la Administración esté facultada para admitir o denegar discrecionalmente el ejercicio del derecho de acceso. Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 361 y ss.

<sup>111</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2003): 264.

<sup>112</sup> Puede recordarse que el artículo 86 de la LAJA, tras declarar que la ciudadanía tiene derecho a acceder a los archivos y registros administrativos en los términos previstos en la normativa básica vigente, establece que el derecho de acceso a los archivos y registros solo podrá ejercerse en relación con procedimientos terminados en la fecha de la solicitud (determinación que coincide con lo establecido en el artículo 37.1 LRJPAC). El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas (determinación que coincide con lo establecido en el artículo 37.8 LRJPAC). El órgano responsable del archivo o registro deberá resolver sobre el acceso en el plazo máximo de un mes desde que se formuló la solicitud, plazo que coincide con el pre-

un procedimiento propio, remitiéndose a las normas generales de procedimiento, así como a una futura orden<sup>113</sup>.

De otro lado, en relación con los instrumentos archivísticos para facilitar el acceso a los documentos de titularidad pública, la Ley 7/2011 –art. 64.1– ordena que para garantizar el ejercicio del derecho de acceso, cada archivo facilitará instrumentos archivísticos de información y descripción y asesorará a las personas usuarias en la búsqueda de la información contenida en el mismo. Las distintas administraciones públicas procurarán los medios tecnológicos y telemáticos necesarios para facilitar, mejorar y ampliar el conocimiento y la difusión de los instrumentos citados en relación con sus documentos. Cuando estos instrumentos contengan datos referidos a personas físicas incluirán la información desagregada por sexo<sup>114</sup>.

Finalmente, debe señalarse que la Ley 7/2011 tipifica dos infracciones relacionadas con el acceso a los documentos. De un lado, tipifica como *infracción muy grave* permitir el acceso a la información contenida en aquellos documentos que tengan algún tipo de reserva en su acceso o estén restringidos o protegidos por ley –art. 71.c)–. Y, de otro lado, tipifica como *infracción grave* impedir el derecho de acceso de la ciudadanía a los archivos, «contraviniendo los términos previstos en los artículos 61, 62, 63 y 65». Doble tipificación que sitúa a los responsables de los archivos públicos en una difícil tesitura, sobre todo la vista de los intrincados límites entre el acceso y la confidencialidad de no pocos tipos de documentos, de tal modo que será fácil alegar el error invencible de derecho. Y de aquí la importancia que puede desempeñar en un futuro la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos, mediante la indicada función de establecer criterios homogéneos sobre la aplicación de la normativa de acceso –arts. 31.3.b) y 62.6–.

---

visto en la Ley de Castilla–La Mancha 19/2002 –art. 35.3–, y que reduce a la mitad el plazo de dos meses establecido en la Ley de Cataluña 11/2011 –art. 35.1–. La denegación deberá motivarse expresamente. Sin embargo, no determina la Ley de Administración de la Junta de Andalucía cuál es el sentido del silencio administrativo en este procedimiento. A este respecto, puede señalarse que tanto la Ley de Cataluña 11/2011 –art. 35.1– como la Ley de Castilla–La Mancha 19/2002 –art. 35.3– optaron por un sentido desestimatorio.

<sup>113</sup> En nuestra opinión, habría sido más adecuada una remisión a un decreto del Consejo de Gobierno, pues no se trata de desarrollar una cuestión orgánica, sino procedimiento mediante el que se ejercita el derecho subjetivo más relevante que reconoce la Ley.

<sup>114</sup> Este precepto parece tener origen en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, la cual obliga a incluir sistemáticamente la variable sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que realicen –art. 10.1–. No obstante, para no incurrir en una grosera vulneración de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de carácter Personal, debe entenderse que los datos en cuestión están despersonalizados.

## 2. Acceso a los documentos de titularidad privada

En esta materia la Ley 7/2011 efectúa una triple distinción: documentos de titularidad privada conservados en archivos públicos, documentos de titularidad privada conservados en archivos privados integrados en el Sistema, y resto de documentos (con una importante restricción). Respecto a los primeros, la Ley 7/2011 –art. 65– establece que el acceso a los documentos de titularidad privada integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía que se encuentren depositados en instituciones *públicas* se regirá por lo dispuesto en los instrumentos que formalizaron el ingreso. Sigue aquí la Ley el criterio del Decreto 97/2000 –art. 92–, según el cual la consulta de documentos pertenecientes a fondos y/o colecciones documentales (se entiende que privados) ingresados mediante depósito en los archivos del Sistema Andaluz de Archivos, se regirá por las condiciones del depósito, sin perjuicio de la observancia de las normas de obligado cumplimiento. Y este inciso final es el que, justamente, falta en la Ley, pues de lo contrario se produciría la paradoja según la cual el acceso de los mismos documentos en archivos privados estaría mejor garantizado en la Ley –tal como se verá seguidamente–.

En segundo lugar, según la Ley 7/2011 –art. 66.1–, el acceso a los documentos de titularidad privada que formen parte del Patrimonio Documental de Andalucía y que se encuentren en archivos *privados* integrados en el Sistema Archivístico de Andalucía se regirá por las normas de acceso a los documentos de titularidad pública. De este modo, se sigue el criterio de la Ley 3/1984 –art. 27.e)–, que ya dispuso que los documentos de titularidad privada depositados en archivos de uso público serían consultables en condiciones similares a los documentos de titularidad pública (otra cosa ha sido la praxis real).

En tercer lugar, respecto a los documentos que no se encuentren en archivos integrados en el Sistema, la Ley –art. 66.2– establece que el acceso al resto de documentos de titularidad privada «inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz» se regirá por las siguientes normas:

- a) Las personas propietarias, titulares de derechos o poseedoras de dichos documentos permitirán el acceso a los mismos, previa solicitud por escrito, precisa y pormenorizada, salvo cuando su consulta suponga una intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen. Debe recordarse que en otro lugar la Ley –art. 21.1.c)– obliga a los titulares o poseedores de estos documentos a permitir el acceso a los documentos, previa solicitud razonada, para su consulta, estudio o investigación, en los términos que regulan la presente ley y la legislación específica que le sea de aplicación.

Como puede verse, a la solicitud se le exige que sea razonada, precisa y pormenorizada.

- b) La persona propietaria, titular de derechos o poseedora de los documentos podrá depositarlos (depósito voluntario) temporalmente en un archivo del Sistema para facilitar el acceso a los mismos –también en este sentido art. 21.1.c)–<sup>115</sup>.
- c) La denegación del acceso tendrá que formularse por escrito motivadamente para que la persona interesada pueda comunicar esta circunstancia a la consejería con el fin de que, en su caso, adopte las medidas previstas en esta ley<sup>116</sup>. Así, debe recordarse que la Ley prevé que cuando no se garantice el acceso de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, la consejería requerirá a las personas propietarias, titulares de derechos o poseedoras de los mismos la adopción de medidas necesarias para subsanar la situación –art. 23.1–, disponiendo además de la posibilidad de ordenar el depósito (forzoso) de los documentos afectados en un archivo público –art. 23.2–.

Las previsiones de la Ley son razonables, y mejoran lo establecido en la Ley 3/1984, la cual se limitó a disponer que los propietarios de archivos de titularidad privada, que no sean de uso público, establecerán *discrecionalmente* el acceso a ellos, y comunicarán a la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía las circunstancias para la consulta de sus fondos documentales, que estará garantizada en todo caso –art. 30–. Sin embargo, no se entiende por qué se limitan estas normas a documentos constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz. Sobre todo, si se tiene presente que la LPHE –art. 52.4– establece la obligación de permitir a los investigadores el estudio de los bienes del patrimonio documental, obligación que puede ser sustituida por la Administración competen-

---

<sup>115</sup> Así, el Decreto 97/2000 dispuso que la Consejería de Cultura podrá acceder a la constitución de un depósito o la microfilmación de los documentos o cualesquiera otras medidas que permitan el acceso a los documentos –art. 91.3–. Se trata, asimismo, de una medida extendida en la legislación autonómica: por ejemplo, Ley de Extremadura 2/2007 –art. 24–.

<sup>116</sup> El Decreto 97/2000 dispuso que en el caso de que la intervención de la Consejería de Cultura sea solicitada por persona distinta del titular de los documentos, se otorgará a éste un plazo de quince días a efectos de que manifieste lo que a su derecho convenga –art. 91.2–. Entendemos que este trámite sigue vigente, pero, además, se plantea la ubicación del informe preceptivo de la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos previsto en el artículo 31.3. Así, pues, se evidencia la necesidad de un desarrollo reglamentario que contenga las precisiones necesarias para articular los derechos de las partes en presencia (ciudadano que solicita la consulta y titular del archivo privado) así como la función tutelar de la Administración.

te, mediante el depósito temporal del bien en un archivo, biblioteca o centro análogo de carácter público que reúna las condiciones adecuadas para la seguridad de los bienes y su investigación.

## CONCLUSIONES

La Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, culmina un proceso de renovación de la legislación andaluza de patrimonio cultural emprendido con la aprobación de la Ley 16/2003, de 22 de diciembre, del Sistema Andaluz de Bibliotecas. Pero también se enmarca en una tendencia iniciada en otras Comunidades Autónomas de aprobación de leyes sobre archivos de segunda generación. Y en el contexto de estas nuevas leyes autonómicas sobre archivos, aun cuando hay innegables elementos comunes (como la introducción de la idea de gestión documental integrada, o la relevancia concedida el derecho de acceso a los documentos), la Ley 7/2011 presenta caracteres propios, si bien no puede ya calificarse, a diferencia de la Ley 3/1984, como una ley pionera.

Esta identidad propia de la Ley 7/2011 viene en gran medida determinada por la influencia en su diseño de dos normas propias del ordenamiento andaluz, como son el Decreto 97/2000, de 6 de marzo, cuya influencia es innegable en la ordenación del Sistema Archivístico de Andalucía, y la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía, que ha influido notablemente en la ordenación del Patrimonio Documental de Andalucía, así como en el diseño de los órganos competentes del Sistema Archivístico de Andalucía.

Desde el punto de vista formal, se aprecian en la Ley 7/2011 algunas deficiencias. Así, en ocasiones, se fuerzan en exceso los conceptos legales: como sucede al calificar a los archivos de titularidad estatal y gestión autonómica como archivos «de la Junta de Andalucía». O cuando se diferencia, de un lado, el Archivo del Parlamento de Andalucía, y de otro, los archivos de titularidad y gestión de la Junta de Andalucía (como si el Archivo del Parlamento de Andalucía no fuese un archivo de titularidad y gestión de la Junta de Andalucía). También es confusa la Ley cuando, por ejemplo, declara que son archivos públicos los que custodian y sirven los documentos, generados por las entidades *públicas* en el ejercicio de sus competencias –art. 34.1–, para seguidamente añadir que son archivos públicos los de los órganos y entidades relacionados en el artículo 9, precepto que engloba entidades jurídico *privadas*.

Asimismo, algunas decisiones sistemáticas son discutibles, como sucede al diferenciar en dos capítulos los documentos de titularidad pública y el Patrimonio Documental de Andalucía, cuando lo cierto es que todos los documentos de titularidad pública, sin excepción, forman parte del Patrimonio Documental de Andalucía, y ello a pesar del desafortunado tenor literal de algún precepto –art. 10.1–. Igualmente, es discutible la ubicación sistemática del Censo de Archivos de Andalucía en el Sistema Archivístico, pues es perfectamente posible que existan archivos de titularidad privada incluidos necesariamente en el Censo de Archivos de Andalucía por custodiar documentos integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía, pero que, sin embargo, no estén integrados en el Sistema Archivístico de Andalucía, pues tal integración es exclusivamente voluntaria. Asimismo, tal vez habría sido más clarificador vincular la gestión documental al régimen de los documentos de titularidad pública.

Desde el punto de vista del contenido, dejando al margen alguna inexactitud en el concepto de Patrimonio Documental de Andalucía (como la referida al elemento de la ubicación en la Comunidad Autónoma, el cual no es exigible en todo caso), la delimitación de los documentos de titularidad pública integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía coincide en lo sustancial, con una terminología más actualizada, con la ya establecida en la Ley 3/1984, pues la única novedad relevante es la inclusión de las entidades jurídico–privadas integrantes del sector público. Además, se mantiene en coherencia con la LPHE el criterio según el cual forman parte del Patrimonio Documental los documentos de titularidad pública «de cualquier época, recogidos o no en archivos». Asimismo, el régimen jurídico de los documentos de titularidad pública presenta escasas novedades en relación con lo ya establecido en la Ley 3/1984 o en la LPHE (salvo la ordenación de la transferencia de documentos por traspaso de funciones o por extinción de órganos, entes u organismos públicos).

En materia de Patrimonio Documental de Andalucía, respecto a los documentos de titularidad privada, la Ley 7/2011 mantiene la triple distinción establecida en la Ley 3/1984, a la que añade una cuarta categoría.

- Documentos de más de cuarenta años de antigüedad en poder de entidades sociales: la Ley 7/2011 mantiene el plazo de los cuarenta años de la LPHE, si bien añade que se trate de documentos ubicados en la Comunidad Autónoma.
- Documentos de más de 100 años de antigüedad en poder de cualquier persona: se mantiene también el plazo de los cien años de la LPHE. Ahora bien, la Ley /2011 limita la integración en el Patrimonio Documental de

Andalucía a los documentos «*que a la entrada en vigor de esta Ley tengan una antigüedad igual o superior a cien años*», limitación que estimamos contradice lo establecido en la LPHE.

- Documentos incluidos en el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía: inspirado en la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía, este registro viene a organizar la potestad, ya contemplada en la Ley 3/1984, de integrar en el Patrimonio Documental documentos que no alcancen la antigüedad establecida en los dos supuestos anteriores.
- Documentos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz: se trata de una novedad tomada de la Ley 14/2007, y que puede recaer sobre cualquier documento, tanto los de las dos primeras categorías como documentos que no alcancen la antigüedad indicada y no hayan sido incluidos en el Inventario.

Respecto al régimen jurídico del Patrimonio Documental de Andalucía, de las cuatro categorías reseñadas, la Ley 7/2011 se limita, prácticamente, a proteger una única categoría: los inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz. Ciertamente es razonable el propósito del legislador (exposición de motivos) de establecer regímenes jurídicos diferenciados para el Patrimonio Documental de Andalucía y los documentos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz. Sin embargo, lo cierto es que el régimen de protección ordenado en la Ley se contrae casi exclusivamente a los documentos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz. Curiosamente, se trata de una ordenación, en buena medida innecesaria, pues los bienes del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz ya cuentan en la Ley 14/2007 de normas equivalentes a las establecidas en la Ley 7/2011 (salvo en relación con los traslados), por lo que no precisan de esta protección específica.

De este modo, la ordenación legal del Patrimonio Documental de Andalucía plantea, a nuestro modo de ver, tres cuestiones:

- ¿Es legítimo que una Comunidad Autónoma excluya del Patrimonio Documental autonómico bienes integrados en el Patrimonio Documental Español por la Ley básica? Entendemos que no: la ley autonómica puede proteger bienes más allá de los integrados en el Patrimonio Histórico Estatal, pero no puede excluir de su protección a bienes pertenecientes al mismo.

- Incluso desde la propia perspectiva de la Ley autonómica, ¿es legítimo que brinde protección sólo a una parte (además, reducidísima) de los bienes integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía definido por la propia Ley? Parece razonable establecer una graduación en la protección, pero no parece coherente declarar bienes integrantes del Patrimonio Documental de Andalucía, pero despojados de protección jurídica. Habrá que entender, al menos, aplicables las reglas de protección ordenadas en la LPHE.
- Y, siguiendo desde la economía de la propia Ley 7/2011, ¿qué sentido tiene crear un instrumento nuevo como el Inventario de Bienes Reconocidos del Patrimonio Documental de Andalucía, que requiere de un procedimiento de inclusión casi tan largo y complejo como el de inscripción en el Catálogo General, pero desprovisto por completo de las ventajas de que gozan los bienes inscritos en el mismo?

En cuanto a los órganos del Sistema Archivístico de Andalucía, la estructura orgánica de la Ley 7/2011 es, en gran medida, continuista con la establecida no ya en la Ley 3/1984 sino en el Decreto 97/2000. De este modo, la nueva Comisión del Sistema Archivístico de Andalucía se corresponde en lo esencial con la anterior (y poco afortunada) Comisión de Coordinación del Sistema de Archivos; y la nueva Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos se corresponde con la anterior Comisión Andaluza Calificadora de Documentos Administrativos. No obstante, debe destacarse la decidida atribución de competencias en materia de acceso a la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos y, en particular, la previsión de un informe preceptivo de este órgano en caso de formulación de recursos o reclamaciones contra las denegaciones del derecho de acceso a los documentos.

Respecto al régimen de los archivos integrados en el Sistema Archivístico de Andalucía, la Ley 7/2011 apenas avanza en la definición de obligaciones. Y esta vaguedad del texto legal es especialmente manifiesta en relación con el personal de los archivos (su suficiencia y competencia profesional), elemento clave para garantizar la calidad del Sistema. Igualmente, en relación con los derechos de los archivos integrados en el Sistema, apenas se encuentra una genérica preferencia en materia de medidas de fomento. De este modo, la Ley no acierta a definir las ventajas de una integración (que es siempre voluntaria) en el Sistema por parte de los archivos privados. Además, la Ley 7/2011 ha omitido toda referencia a la externalización de los archivos públicos y, con independencia de cuál sea la posición que pueda adoptarse ante este fenómeno, no parece que ignorar una realidad tan notoria sea la mejor política para afrontarla.

En cuanto a la estructura del Sistema Archivístico de Andalucía, la Ley mantiene, en términos generales, la estructura diseñada no tanto en la Ley 3/1984 como en el Decreto 97/2000. No obstante, sí existen algunas novedades reseñables.

En relación con los llamados Archivos de la Junta de Andalucía, dejando de lado la sobrevenida independización del Archivo del Parlamento de Andalucía, debe destacarse una más acabada ordenación de los archivos centrales, con la consagración como tales de los archivos de las Delegaciones Provinciales de las Consejerías. Pero, sobre todo, la gran novedad es la anunciada creación de los archivos provinciales intermedios, que vienen en auxilio de unos saturados Archivos Históricos Provinciales, si bien su implantación efectiva está llena de interrogantes (se prevé un plazo de tres años para aprobar el Plan de Implantación, sin fijar plazo alguno de ejecución).

Respecto a los archivos de las entidades locales de Andalucía, el único avance respecto a lo ya previsto en el Decreto 97/2000 es la disposición según la cual los archivos de las diputaciones provinciales y de los ayuntamientos de municipios con más de 15.000 habitantes deberán estar a cargo de personal con la cualificación y nivel técnico que sea necesario, «de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación», lo cual es un pobre remedo de las normas de otras leyes autonómicas que definen el servicio de archivo como un servicio municipal mínimo.

Finalmente, respecto a los archivos de titularidad privada integrados en el Sistema Archivístico de Andalucía, la Ley 7/2011 descarta definitivamente la integración *ope legis* prevista en la Ley 3/1984 para los archivos subvencionados, integración que no llegó a aplicarse. Se trata de una medida pragmática, pero si la integración será siempre voluntaria, se echa en falta una ordenación más sustantiva de la misma, pues la Ley se limita a determinar (innecesariamente) algún aspecto procedimental.

En materia de gestión documental, todas las aportaciones de la Ley 7/2011 son evidentemente novedosas respecto a la Ley anterior. Destacamos aquí el propósito del legislador de integrar la gestión documental en la gestión administrativa, tratando de imponer un principio de transversalidad de las funciones archivísticas y con él un criterio de responsabilidad compartida, que involucre a los gestores administrativos. Otra cosa será, naturalmente, si la Consejería de Cultura es el centro directivo adecuado para hacer efectivos estos buenos propósitos, quebrando una arraigada cultura administrativa de indiferencia de las unidades de gestión hacia las funciones archivísticas.

Por último, en materia de acceso a la documentación, es innegable que la Ley 7/2011 aporta sensibles mejoras, entre las que destacan las siguientes:

- Supresión del plazo de treinta años de haber finalizado su trámite o vigencia administrativa como condición general de «consultabilidad pública».
- Supresión de la cláusula en extremo vaga que permitía denegar el acceso cuando pudiera «afectar a los intereses vitales de Andalucía».
- Adaptación más fiel a lo establecido en la LPHE en relación documentos que pudieran afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada.
- Redacción considerablemente más garantista de la excepción referente a las personas que hayan hubiesen cometido infracciones (ahora penales) contra la seguridad y conservación del Patrimonio Documental.
- Regulación más precisa del acceso a los documentos de titularidad privada constitutivos del Patrimonio Documental de Andalucía no custodiados en archivos públicos.
- Tipificación como infracción grave de la acción consistente en impedir el derecho de acceso de la ciudadanía a los archivos.

No obstante, se echa en falta en la Ley el tratamiento de algunas cuestiones, como el reconocimiento expreso de la comunicación parcial de los documentos, o una redacción más exigente de las limitaciones derivadas del estado de conservación de los documentos.

# Nuevas perspectivas de la costumbre en el Derecho Administrativo

*M<sup>a</sup> del Pilar Bensusan Martín*

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. 1. Existencia de la costumbre en el Derecho Administrativo. 2. Significado de la costumbre en Derecho Administrativo. A) Costumbre extra legem o praeter legem. B) Costumbre secundum legem. C) Costumbre contra legem. 3. Distinción entre costumbre, prácticas administrativas y precedente administrativo. 4. Supuestos de costumbre en Derecho Administrativo. A) Costumbre extra legem que opera como fuente en virtud de remisión expresa por la ley escrita. B) Costumbre extra legem que opera como fuente supletoria en ausencia de remisión legal expresa. C) Supuestos de costumbre contra legem: su carencia de validez. III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN.

Permitiendo la perspectiva estatutaria entender la importancia de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo, toda vez que permite la superación del enfoque del Estado como simple aparato organizado para el ejercicio del poder y, como tal, único protagonista de la producción del Derecho, la presencia de la colectividad social en el sistema de producción de fuentes es innegable. Partiendo de ello, y, a pesar de su limitada presencia en Derecho Administrativo, la costumbre únicamente admisible en nuestro Derecho va a ser la *extra legem o praeter legem*, esto es, aquella que opera como fuente en virtud de remisión expresa por ley escrita y la que opera como fuente supletoria en ausencia de remisión legal expresa. Entre los supuestos de la primera modalidad pueden aislarse y distinguirse las auténticas normas consuetudinarias en Derecho Administrativo, que surgen cuando el legislador se remite directamente a ellas considerándolas pura y simplemente como costumbre. Mientras que, entre los supuestos de la segunda modalidad, la presencia de la costumbre

es, o ha sido menor, aunque no inexistente. En definitiva, debe reconocerse la existencia de la costumbre -mayormente local- que pervive y convive con la ordenación positiva como exponente de la conciencia jurídica del pueblo y que como tal tiene contrastada presencia en distintos sectores e instituciones del Derecho Administrativo.

Palabras clave: Costumbre, Derecho Administrativo, fuentes del Derecho, *extra legem*, *secundum legem*, *contra legem*.

#### ABSTRACT.

Allowing for statutory perspective to understand the importance of custom as a source of administrative law, since it allows to overcome the state as a simple approach for the organized apparatus of power and, as such, the only star of the production of law, presence of the social community in the production system of sources is undeniable. On this basis, and despite its limited presence in administrative law, custom only permissible in our law will be the *extra legem* or *praeter legem*, that is, one that operates as a referral source under express written law and which operates as an extra source in the absence of express statutory reference. Among the assumptions of the first embodiment can be isolated and distinguished from the true customary law in administrative law, which arise when the legislature is forwarded directly to considering them simply as usual. While among the assumptions of the second embodiment of the present practice is or has been lower, but not nonexistent. In short, recognize the existence of -mostly local- custom that lives on and lives with positive management as a representative of the legal consciousness of the people and as such has proven presence in various sectors and institutions of the Administrative Law.

Key words: Custom, Administrative Law, sources of law, *extra legem*, *secundum legem*, *contra legem*.

## I. INTRODUCCIÓN

Los orígenes del Derecho consuetudinario se entierran en los mismos orígenes de lo que entendemos por sociedad, toda vez que una costumbre es un hábito adquirido por la práctica frecuente de un acto por la colectividad. Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua costumbre (*Del lat. *cosuetumen*, por *consuetūdo* –ñis*), significa “*Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto*”<sup>1</sup>. Y es que el origen mismo de la palabra designa lo

que se ha hecho obligatorio por el uso<sup>2</sup>. Hasta el siglo XIII la palabra *consuetudines* servía para designar las contribuciones debidas al señor y al sacerdote, ya que no existían títulos para exigirlos, esto es, contribución por uso, y es por extensión por lo que se extiende a toda regla jurídica consagrada por el uso. Por su parte, dice el Código Civil<sup>3</sup> en su artículo 1.1 que “*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”, para añadir en su artículo 1.3 que “*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre*”<sup>4</sup>. Y es que en el ordenamiento jurídico español no sólo existe la posibilidad de producción de normas jurídicas como fruto de la voluntad reflexiva del Estado<sup>5</sup>, sino que asimismo no puede negarse la posibilidad de que existan normas con un origen distinto y no escrito. En este orden de cosas se inscribe la consagración por el Código Civil de fuentes del Derecho subsidiarias de la ley escrita, entre ellas la costumbre, como derecho que vive en la conciencia jurídica del pueblo<sup>6</sup>, y que, por tanto, se aplicará solamente en defecto de ley aplicable, siempre y cuando no sea contraria ni a la moral ni al orden público y resulte probada<sup>7</sup>.

El origen de la costumbre, por tanto, es siempre popular, por ello DE CASTRO restringe el concepto de costumbre a la creada *ex factis* por las agrupaciones socia-

<sup>1</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésima segunda edición, 2001, pág. 392.

<sup>2</sup> WALINE, Marcel, *L'individualisme et le Droit*, Ed. Domat-Montchrestien, 1949, pág. 252.

<sup>3</sup> LEG 1889\27.

<sup>4</sup> Es comúnmente aceptada por la doctrina la aplicación al Derecho público de lo dispuesto en el título preliminar del Código Civil, a este respecto, *vid.*, BASSOLS COMA, Martín, “Reflexiones sobre el nuevo título preliminar del Código Civil; planteamientos jurídico-administrativos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 11, 1976, págs. 585 y sigs.

<sup>5</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, “Las fuentes no escritas del Derecho en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 97, enero-febrero 1958, pág. 3, y MORELL OCAÑA, Luis, “La costumbre y los principios jurídicos generales en el Derecho Administrativo”, *Documentación Administrativa*, núm. 195, julio-septiembre 1982, pág. 22.

<sup>6</sup> BIELSA, Rafael, *Legislación administrativa argentina*, tomo I, Buenos Aires, 1938, pág. 32.

<sup>7</sup> Sobre el carácter estrictamente supletorio de la costumbre, *vid.* las sentencias, entre otras, del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1961 (RJ 1961\4365) y de 3 de diciembre de 1981 (RJ 1981\5313) sobre costumbres en materia laboral. Señala esta última que “*si bien es cierto por lo que resulta de lo actuado en los autos, la realidad de una situación de hecho tolerada en lo relativo al comienzo de la jornada laboral nocturna en el ramo de panadería a las dos horas de la mañana, con el beneplácito o consentimiento de la autoridad administrativa laboral en ciertos casos, ello no puede generar la base sobre la que fundar la tesis de la existencia de una costumbre o uso con el efecto jurídico de constituir una fuente de derecho reguladora del problema cuestionado en el proceso, pues aunque en nuestro ordenamiento legal sea en efecto la costumbre uno de los elementos integrantes del sistema de fuentes establecido en el artículo 1 del Código Civil, allí sólo se reconoce ese carácter a la costumbre preter legem, según revela el párrafo 3 del mismo al decir que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, cuando además no sea contraria a la moral o al orden público y resulte pro-*

les externas al mecanismo estatal<sup>8 9</sup>, y la define como “*Aquella regla creada e impuesta por el uso de los moradores de un lugar y que logra valor jurídico al ser respetada por los órganos del Estado*”<sup>10</sup>, la costumbre es siempre, por tanto, local o del lugar. Por su parte, CASTÁN estima que no es necesario que el uso proceda del pueblo mismo, toda vez que puede manifestarse a través de los órganos de la colectividad, o sea las autoridades administrativas<sup>11</sup> y en la esfera del Derecho privado de los Tribunales<sup>12</sup>. En la misma línea ENNECERUS afirma que “*si los Tribunales o las autoridades administrativas aplican tales usos en su jurisprudencia o práctica reiterada, dan con ello expresión a su reconocimiento a títulos de órganos de la colectividad*”<sup>13</sup>. A juicio de ORTIZ DÍAZ, la aplicación de la costumbre por las autoridades administrativas o por los Tribunales no la priva nunca de su origen popular, de su carácter de fuente intuitiva y colectiva del Derecho, aunque cosa bien distinta son las costumbres propias de los funcionarios, que constituyen, *strictu sensu* prácticas administrativas, como también lo es el *usus fori*, entendido como práctica o modo usual con que los Tribunales suelen proceder para ordenar y desarrollar los juicios (prácticas judiciales)<sup>14</sup>. Para LAMBERT en ninguna de las fases históricas de nuestra civilización occidental el Derecho ha germinado exclusivamente de la conciencia popular sin la ayuda de la intervención de los Tribunales o de algún otro órgano de revelación, no obstante, esta intervención no oscurece en absoluto la procedencia del derecho consuetudinario<sup>15 16</sup>.

---

*bada y ese carácter de subsidiaridad unido al respecto del sistema de prelación de fuentes, impide en este caso que pueda entrar en juego la costumbre, desde el momento que la materia sobre la que habrían de recaer sus efectos, se encuentra regulada por precepto legal concreto y específico, constituido por el art. 33 de la Reglamentación Nacional de Trabajo en la Industria de Panadería de 12 julio 1946, redactado de nuevo por Orden de 9 junio 1964 y en el que se señala como hora de comienzo de la jornada de trabajo las cuatro de la mañana, en pugna por consiguiente con la costumbre invocada, que por ello no puede tomarse en consideración” (Considerando Primero).*

<sup>8</sup> DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, Parte general, I, Madrid, 1955, págs. 465 y sigs.

<sup>9</sup> MORELL OCAÑA, Luis, “La costumbre...”, *op. cit.*, pág. 27, apunta que para el reconocimiento del Derecho consuetudinario es requisito necesario el origen extraestatal de la costumbre, esto es, que se trate de una norma que no ha nacido mediante una declaración de voluntad del correspondiente órgano del Estado.

<sup>10</sup> DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, I, pág. 380.

<sup>11</sup> Acerca de la trascendencia del Derecho Civil en la formación de las instituciones del Derecho Administrativo, *vid.*, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones. Dos estudios*, 1<sup>a</sup> ed., Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1960.

<sup>12</sup> CASTÁN, José, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo I. Introducción y parte general, Vol. I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica, Madrid, 1951, pág. 304.

<sup>13</sup> ENNECERUS, Ludwig, *Derecho Civil*, Parte general, tomo I, Barcelona, 1934, pág. 156.

<sup>14</sup> ORTIZ DÍAZ, José, “El precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 24, septiembre-diciembre 1957, págs. 76 y 77.

<sup>15</sup> LAMBERT, Edouard, *La fonction du Droit civil comparé*, tomo I, V. Girard y E. Brière, París, 1903, pág. 130.

<sup>16</sup> Sobre la costumbre, *vid.* asimismo, LONGO, A., *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico*, Palermo, 1892; RANELLETTI, Oreste, “La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno”, *Revista di Diritto Pubblico*, Milano, 1913; REGLADE, M., *La coutume en droit public interne*, Burdeos, 1919; FORTI, U., *Diritto Administrativo*, vol. I, Napoli, 1931; BOBBIO, Norberto, *La consuetudine como fatto normativo*, Padova, 1940.

La costumbre es, pues, una norma creada e impuesta por el uso social<sup>17</sup> siendo necesarios dos elementos imprescindibles para que una conducta se califique como costumbre y tenga efectos jurídicos, un *elemento material*, esto es, el uso repetitivo y generalizado de actos del mismo contenido, por lo que sólo puede considerarse costumbre un comportamiento realizado por todos los miembros de una comunidad, debiendo tenerse en cuenta que cuando hablamos de comunidad, lo hacemos en el sentido más estricto posible, aceptando la posibilidad de la existencia de comunidades pequeñas; asimismo, esta conducta debe ser una que se repite a través del tiempo, es decir, que sea parte integrante del común actuar de una comunidad, por lo que difícilmente se puede considerar costumbre una conducta que no tiene antigüedad; y un *elemento moral*, es decir, la convicción de que tales actos se realizan bajo la presión de una obligación jurídica<sup>18</sup>, la conciencia de obligatoriedad, toda vez que todos los miembros de una comunidad deben considerar que la conducta común a todos ellos tiene una autoridad, de tal manera que no puede obviarse dicha conducta sin que todos consideren que se ha violado un principio que regulaba la vida de la comunidad. En ese sentido, es claro que existen conductas cuyo uso es generalizado y muy repetitivo pero que no constituyen costumbre en tanto no tienen emparejado el concepto de obligatoriedad, es lo que diferencia al Derecho de la moral y la religión. Sólo con la confluencia de estos dos elementos podemos considerar que nos encontramos frente a una costumbre como fuente de Derecho, es decir, fuente de derechos y deberes. Para TESAURO el fundamento de la obligatoriedad jurídica de la costumbre hay que buscarlo en la Constitución o en la ley que reconozca la idoneidad de esta fuente del Derecho, aunque ello no las convierte en elemento constitutivo de la costumbre, al igual que la Constitución no es elemento de la ley por el hecho de que ésta sea dictada en la forma y con los límites que la Constitución establece<sup>19</sup>.

Tradicionalmente la costumbre se clasifica en costumbre *secundum legem*, según la ley, que corrobora y desenvuelve los preceptos de la ley, *extra legem* o *praeter legem*, supletoria de la ley, y *contra legem*, contraria a la ley, que se opone a ella, no teniendo esta última sentido en nuestro ordenamiento jurídico<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, I, pág. 374.

<sup>18</sup> Este elemento se conoce con el nombre de *opinio iuris seu necessitatis*. Para FERRARI, Giuseppe, *Introduzione allo Studio sul Diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950, pág. 61, la *opinio iuris* y la *opinio necessitatis* son dos cosas diferentes, la primera se refiere al sujeto que actúa, mientras que la segunda se refiere a la generalidad de la actuación, “*con la opinio necessitatis quiem actúa sabe, reconoce, constata de estar obligado a observar toda conducta dada; con la opinio iuris, en cambio, advierte que la misma conducta tendrá que ser observada por cualquier otro*”.

<sup>19</sup> TESAURO, A., “*Consuetudine*”, *Rassegna di Diritto Pubblico*, abril-junio 1955, pág. 195.

<sup>20</sup> Para FERRARI, Giuseppe, *Introduzione allo Studio...*, *op. cit.*, pág. 126, no existe la autonomía conceptual de la costumbre *secundum legem*, ya que, limitada su función a interpretar la ley, no se puede hablar de fuente del Derecho sino de mero instrumento en el proceso interpretativo. Sin embargo, si considera legítima la costumbre *contra legem*, al admitir que la costumbre es fuente del Derecho con la misma fuerza que la ley escrita (pág. 131).

## II. LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

### 1. Existencia de la costumbre en el Derecho Administrativo

Sentado esto surge la cuestión de la existencia o no de la costumbre en el Derecho Administrativo, esto es, si verdaderamente tiene cabida en el ordenamiento jurídico-administrativo la posibilidad de rellenar sus lagunas<sup>21</sup> mediante la costumbre o si su papel en Derecho Administrativo es tan nulo como usualmente se afirma<sup>22</sup>.

Hay para quien la admisión de la costumbre en Derecho Administrativo no presenta lugar a dudas, como es el caso de GASCÓN Y MARÍN, para quien siendo la costumbre fuente del Derecho y siendo el Derecho Administrativo una rama de aquél, debe concluirse que la costumbre es fuente del Derecho Administrativo<sup>23</sup>. En idéntico sentido se expresa GONZÁLEZ PÉREZ al señalar que, estando la costumbre consagrada como fuente del Derecho en el Código Civil, es aplicable al Derecho Administrativo<sup>24</sup>.

Señala MORELL OCAÑA que se comprende que en la función creadora de reglas de Derecho se estableciera una previsión, casi teórica, relativa a la posible existencia de normas consuetudinarias, pudiendo existir en el Derecho Administrativo prácticas complementarias de la legalidad, como el precedente<sup>25</sup>, o actitudes deformadoras de la misma, como el desuso o inaplicación de la norma, pero la atribución de la producción de normas a la creación reflexiva estatal, llevaba a una exclusión prácticamente total de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo<sup>26</sup>. Sin embargo, una evolución conceptual permite contemplar la posición de la colectividad social en el sistema de fuentes del Derecho público, toda vez que el Estado no es sólo un aparato organizado para el ejercicio del poder, sino también soporte de una amplia pluralidad de grupos sociales que cuentan con un *ius proprium*, por lo que ya no se pue-

---

<sup>21</sup> A este respecto, *vid.*, CLAVERO ARÉVALO, Manuel, “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 7, enero-abril 1952, págs. 51 a 104.

<sup>22</sup> Una síntesis de todas las posiciones doctrinales puede verse en GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1980, pág. 321 y sigs.

<sup>23</sup> GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1941, pág. 94.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “El método en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 22, enero-abril 1957, pág. 58.

<sup>25</sup> Modo de entender y aplicar reiteradamente una norma por parte de la Administración.

<sup>26</sup> En este sentido, *vid.*, MAYER, Otto, *Droit Administratif Allemand*, vol. I, París, 1903, pág. 168.

de dejar la función del grupo social en el sistema de producción del Derecho en ese lugar absolutamente secundario que se otorgaba a la costumbre en su acepción tradicional, sino que asume modalidades diversas<sup>27</sup>. Y -añade- es precisamente la perspectiva estatutaria la que permite calibrar la importancia de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo, porque permite superar el enfoque del Estado como simple aparato de poder y protagonista único de la producción del Derecho<sup>28</sup>.

Por su parte BIELSA define a la costumbre como el derecho que vive en la conciencia jurídica del pueblo y, por ello, la costumbre jurídico-administrativa es aquel derecho que surge espontáneo en la actividad<sup>29</sup>.

POSADA apunta que, si bien el ordenamiento administrativo es Derecho escrito, constantemente aparecen instituciones político-administrativas mantenidas por costumbres tradicionales que se sustentan con tenacidad<sup>30</sup>. Y GARCÍA OVIEDO afirma que negar fuerza a la costumbre en cualquier ordenamiento jurídico es cerrar los ojos a la realidad, toda vez que antes que la ley está la costumbre, pues el Derecho es un producto de la formación social. Añade, sin embargo, que el Derecho Administrativo es mayormente un Derecho escrito, por lo que el valor de la costumbre en Derecho Administrativo es subordinado, no debiendo nunca admitirse la costumbre *contra legem*<sup>31</sup>.

Por el contrario, Otto MAYER se opone a la admisión de la costumbre en el Derecho Administrativo, toda vez que éste es un Derecho fundamentalmente escrito y reflexivo, no teniendo en él cabida la costumbre porque, cuando la Administración no está vinculada a la ley, aparece el poder discrecional, cuya diferencia esencial respecto del Juez se basa en que éste ha de fundamentar siempre su sentencia en una norma, si no escrita, consuetudinaria<sup>32</sup>.

SANTAMARÍA PASTOR afirma la limitada o nula operatividad de la costumbre en Derecho Administrativo, toda vez que, aunque es uno de los tópicos más establemente aceptados en nuestra doctrina, es obligado reconocer, sin embargo, que, por una vez, el tópico científico posee un cumplido refrendo en la doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa, apareciendo en escasí-

<sup>27</sup> MORELL OCAÑA, Luis, "La costumbre...", *op. cit.*, págs. 22 y 23.

<sup>28</sup> MORELL OCAÑA, Luis, "La costumbre...", *op. cit.*, pág. 26.

<sup>29</sup> BIELSA, Rafael, *Legislación administrativa...*, *op. cit.*, tomo I, Buenos Aires, 1938, pág. 32.

<sup>30</sup> POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1923, pág. 174.

<sup>31</sup> GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1953, págs. 41 y 42.

<sup>32</sup> MAYER, Otto, *Droit Administratif...*, *op. cit.*, pág. 168.

simas ocasiones para indicar su falta de valor vinculante. “Lo que ocurre -añade- es que el sólido prejuicio negativo acerca de la fuerza normativa de la costumbre ha terminado por difuminar la presencia de esta institución, reconduciendo su problemática a la de otra figura próxima, pero no idéntica (la del precedente) y el fundamento de su obligatoriedad a otra fuente, cuales son los principios generales del Derecho. Todo ello ha conducido a un creciente oscurecimiento de la temática del Derecho Administrativo consuetudinario”<sup>33</sup>.

Para ROYO VILLANOVA en el Derecho Administrativo los actos de la Administración suponen una actuación reflexiva, la de los funcionarios públicos, por lo que la idea de costumbre parece incompatible con el concepto propio de lo administrativo, no obstante, en la Administración local no sucede lo mismo, toda vez que la espontaneidad de la vida en los municipios hace que broten las instituciones municipales reguladas por la costumbre<sup>34</sup>.

GARCÍA DE ENTERRÍA afirma asimismo la existencia de la costumbre cuando señala que “el Derecho Administrativo es, como es común en todos los Derechos, un orden relacional, en el cual la Administración tiene una posición determinada, pero no la única relevante; frente a ella está la de todos los demás sujetos, de modo que sería abusivo intentar comprender la relación entera desde la perspectiva (racional, reflexiva, etc.) de la Administración únicamente. Más todavía: hay toda una esfera administrativa, la llamada “Administración corporativa”, en que los particulares son miembros activos de la Corporación, miembros además dotados de un ámbito de autonomía en su actuación como tales”, criticando además la tradición dogmática que ha pretendido excluir la costumbre en base a argumentos tales como “que el carácter racionalizado y reflexivo del ordenamiento administrativo excluye las normas de formación espontánea como es la costumbre; que el Derecho Administrativo es por esencia un Derecho del Estado, en tanto que la costumbre es un producto de la sociedad”, para añadir que “Estas razones no son concluyentes. Por de pronto, ya sabemos que la racionalización y la reflexión son una tendencia en toda organización social, que es siempre la base de todo ordenamiento, pero que en cualquier organización, de cualquier clase, aun la más alquitarada y más abstracta, operan con mayor o menor amplitud tendencias irracionales y disfuncionales, resistencias y no sólo propósitos formales (esto es hoy un lugar común en la Sociología de la burocracia, frente a la clásica caracterización de

---

<sup>33</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989, págs. 107 y 108.

<sup>34</sup> ROYO VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, 24<sup>a</sup> ed., Valladolid, 1955, págs. 56 a 58.

Max WEBER); también es un simplismo, por otra parte, identificar costumbre y espontaneidad, cuando es un hecho que al formar costumbres la comunidad opera con una *opinio iuris vel necessitatis* que por sí sola la dota de una especial autoconciencia. En fin, justamente en el ámbito del Derecho del Estado, concretamente en el Derecho Constitucional, es donde se produce la más importante y más extensa aplicación de la costumbre como fuente normativa”<sup>35</sup>.

Admitida, pues, mayoritariamente, la existencia de la costumbre en Derecho Administrativo, normalmente se le otorga un carácter de fuente absolutamente secundaria, sin embargo es objeto del presente estudio la constatación de supuestos de costumbre que evidencien que su papel en Derecho Administrativo no es tan nulo como usualmente se afirma<sup>36</sup>.

## 2. Significado de la costumbre en Derecho Administrativo

Para comprender el significado de la costumbre en Derecho Administrativo se hace imprescindible volver a la distinción entre las tres modalidades clásicas de costumbre: costumbre *extra legem* o *praeter legem*, costumbre *secundum legem* y costumbre *contra legem*.

### A) Costumbre *extra legem* o *praeter legem*

Puede decirse que la costumbre *extra legem* o *praeter legem* engloba a su vez dos variedades distintas de costumbre: la costumbre que opera por remisión de la ley y la costumbre que opera en ausencia de remisión legal expresa para cubrir las lagunas de la norma escrita<sup>37</sup>. La primera de ellas no plantea problemas en Derecho Administrativo en tanto en cuanto existe normativa en nuestro orde-

---

<sup>35</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 15ª ed., Civitas, Madrid, 2011, pág. 68.

<sup>36</sup> Lejos queda, sin embargo, el convencimiento de COLMEIRO cuando señalaba que “La costumbre es más poderosa en el Derecho administrativo que en el civil, porque las reglas son menos positivas, los intereses más variables y los accidentes y pormenores más numerosos y complicados. Así sucede con frecuencia que una ley general deje a salvo las Ordenanzas y reglamentos particulares de los pueblos” (COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo español*, tomo I, Imp. de Hilario Martínez, Madrid, 1850), y ello porque además de suplir las prescripciones de la norma resolviendo casos no previstos por ella, facilitaba el desenvolvimiento de la Administración ante la ausencia de desarrollo legislativo que no siempre podía satisfacerse con la oportunidad y exactitud conveniente. Sin embargo, el requerimiento de un Derecho extensísimo para esta rama del ordenamiento jurídico ha tenido sobrado cumplimiento en los siglos XX y XXI, de tal manera que el papel de la costumbre como auxilio y complemento de la ley ha perdido la virtualidad que le atribuía Colmeiro.

<sup>37</sup> Siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, págs. 108 a 116.

namiento que remite la regulación de determinados aspectos a la costumbre, fundamentalmente local, por ejemplo, en materia de aguas, de aprovechamientos comunales, de caza y de organización y funcionamiento de determinadas entidades locales<sup>38</sup>, no debiendo olvidarse el carácter estrictamente supletorio de la costumbre, cuya aplicación debe quedar excluida en cuanto exista norma en la materia, aún reglamentaria. La segunda de las modalidades señaladas, esto es, la costumbre *extra legem stricto sensu*, aquella que opera en ausencia de remisión legal expresa para cubrir las lagunas de la norma escrita, no suele ser objeto de consideración por la doctrina, toda vez que su presencia es prácticamente nula en el Derecho Administrativo, pues, al operar fuera de la relación jurídico administrativa -ya que nace de los usos seguidos en las relaciones entre particulares-, es difícil que pueda actuar como fuente supletoria de tal Derecho y es escasa su aparición en la jurisprudencia contencioso-administrativa<sup>39</sup>. GARCÍA DE ENTERRÍA recuerda que la costumbre *extra legem* es la única que admite nuestro Derecho<sup>40</sup>.

### B) Costumbre *secundum legem*

En lo que respecta a la costumbre *secundum legem* -también llamada costumbre interpretativa- en el Derecho Administrativo, esto es, el modo habitual y uniforme de interpretar y aplicar una norma jurídica, debe ponerse de manifiesto primeramente su nula presencia en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Como señala SANTAMARÍA PASTOR “no es aventurado afirmar que la doctrina jurisprudencial ha hecho suya, implícitamente, la tesis privatista que negaba a este tipo de costumbre toda eficacia vinculante, en base a lo dispuesto por el artículo 1.3 Cc (antes, artículo 6). Si se tiene en cuenta este

<sup>38</sup> La remisión por el ordenamiento jurídico-administrativo a la costumbre en determinados supuestos es admitida por la jurisprudencia de manera pacífica. A este respecto, vid., sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1962 (RJ 1962\4653) y de 31 de enero de 1963 (RJ 1963\794).

<sup>39</sup> Constan, no obstante, a favor, las sentencias del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1958 (RJ 1958\957), relativa a una inscripción de aprovechamiento de aguas respecto a la que los regantes pretendían contar con un caudal mayor del concedido, señala el Alto Tribunal que “*aunque en el título jurídico no constare el número de litros por segundo aprovechados, se suele autorizar a inscribir por el Ministerio de Obras Públicas como mínimo un litro por hectárea de tierra regable, lo que constituye una práctica administrativa que colma la laguna jurídica que al efecto existe...*”; y la de 15 de marzo de 1963 (RJ 1963\1676), relativa al examen de un alumno de la Universidad, respecto a lo que el Tribunal Supremo afirma que “*no existiendo una ordenación positiva específica sobre la práctica de los exámenes académicos, hay que seguir la costumbre, que es fuente del Derecho, según el artículo 6 del Código Civil, en defecto de ley, extensivo al Derecho especial como es el administrativo, (...) y es lo consuetudinario (...) que sean los catedráticos o profesores especialistas encargados de Cátedra los que dirijan e interviengan directamente en los exámenes de las disciplinas académicas que desempeñan...*”.

<sup>40</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...*, op. cit., I, pág. 69.

punto de partida dogmático, es lógico que la validez de la costumbre *secundum legem* es un tema que ni siquiera llegue a suscitarse formalmente<sup>41</sup>. No obstante, este autor remite en esta cuestión, como exigencia de igualdad y seguridad en el tratamiento de los conflictos, al precedente administrativo, aunque advierte que son realidades diversas. Por su parte GARCÍA DE ENTERRÍA, en consonancia con lo expresado supra, niega la admisión de la costumbre *secundum legem* en Derecho Administrativo<sup>42</sup>, lo cual viene avalado en el ordenamiento jurídico-administrativo por el propio Derecho positivo (artículo 54.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, RCL 1992\2512), que le niega eficacia vinculante al permitir que la Administración pueda separarse válidamente del criterio seguido en actuaciones precedentes únicamente con motivar el por qué se adopta una nueva interpretación. No obstante la falta de valor normativo de este tipo de costumbre, sí es cierto que la adopción por la Administración Pública de un determinado criterio en la aplicación de una norma sí posee un cierto valor vinculante para ella derivado de los principios de seguridad jurídica, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del principio de igualdad ante la ley.

### C) Costumbre contra legem

Finalmente, en lo que se refiere a la costumbre *contra legem* o abrogatoria, tampoco existen menciones directas en la jurisprudencia contencioso-administrativa, al igual que ocurre con la costumbre *secundum legem*, no obstante su aparición es colateral a través de las referencias al precedente ilegal y al desuso o derogación ordinamental de las normas jurídicas. En Derecho Administrativo no se admite, pues, la costumbre *contra legem*. Sobre el precedente ilegal la jurisprudencia se pronuncia unánime y abundantemente rechazándolo<sup>43</sup>, aun-

---

<sup>41</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pág. 110.

<sup>42</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, I, pág. 69.

<sup>43</sup> Entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1961 (RJ 1961\3149); de 17 de abril de 1963 (RJ 1963\2261); de 14 de octubre de 1965 (RJ 1965\5137); de 24 de enero de 1966 (RJ 1966\3291); de 2 de marzo de 1967 (RJ 1967\1599); de 25 de enero de 1968 (RJ 1968\663); de 4 de julio de 1969 (RJ 1969\3961); de 21 de noviembre de 1969 (RJ 1969\5059); de 5 de diciembre de 1969 (RJ 1969\5655); de 7 de mayo de 1971 (RJ 1971\3214); de 15 de octubre de 1971 (RJ 1971\4094); de 16 de octubre de 1971 (RJ 1971\4097); de 25 de febrero de 1972 (RJ 1972\1525); de 12 de junio de 1972 (RJ 1972\3492); de 18 de diciembre de 1972 (RJ 1972\5022); de 29 de enero de 1973 (RJ 1973\379); de 27 de abril de 1973 (RJ 1973\2072); de 11 de octubre de 1973 (RJ 1973\3582); de 7 de mayo de 1974 (RJ 1974\2337); de 24 de enero de 1975 (RJ 1975\695); de 23 de abril de 1975 (RJ

que indirectamente, al negar el precedente no ajustado al ordenamiento jurídico, ha admitido el valor vinculante del precedente legal cuando es conforme a Derecho. La jurisprudencia que rechaza el precedente ilegal se produce fundamentalmente en relación al otorgamiento de licencias urbanísticas denegadas por no ajustarse al planeamiento, toda vez que el Tribunal Supremo desestima la argumentación de que se hayan otorgado otras licencias urbanísticas en condiciones similares, al tratarse de precedentes ilegales que en modo alguno deben vincular a la Administración Pública<sup>44</sup>. La admisión, pues, de

---

1975\2635); de 16 de octubre de 1975 (RJ 1975\4577); de 6 de febrero de 1976 (RJ 1976\812); de 22 de marzo de 1976 (RJ 1976\2092); de 21 de abril de 1977 (RJ 1977\2643); de 25 de abril de 1977 (RJ 1977\2647); de 20 de mayo de 1977 (RJ 1977\3220); de 10 de junio de 1977 (RJ 1977\3358); de 19 de octubre de 1977 (RJ 1977\4244); de 20 de octubre de 1977 (RJ 1977\3921); de 31 de octubre de 1977 (RJ 1977\4585); de 10 de noviembre de 1977 (RJ 1977\4140); de 13 de febrero de 1978 (RJ 1978\976); de 3 de marzo de 1978 (RJ 1978\863); de 11 de marzo de 1978 (RJ 1978\1122); de 10 de junio de 1978 (RJ 1978\2367); de 30 de junio de 1978 (dos) (RJ 1978\3154 y RJ 1978\3155); de 3 de abril de 1979 (RJ 1979\1562); de 8 de mayo de 1979 (RJ 1979\2387); de 6 de junio de 1979 (RJ 1979\2683); de 27 de junio de 1979 (RJ 1979\2990); de 11 de diciembre de 1979 (RJ 1979\4716); de 12 de diciembre de 1979 (RJ 1979\4721); de 9 de febrero de 1980 (RJ 1980\649); de 7 de marzo de 1980 (RJ 1980\2101); de 8 de abril de 1980 (RJ 1980\ 2299); de 12 de junio de 1980 (RJ 1980\3182); de 20 de octubre de 1980 (dos) (RJ 1980\3919 y RJ 1980\3923); de 17 de diciembre de 1980 (RJ 1980\5060); de 23 de diciembre de 1980\5130); de 18 de marzo de 1981 (RJ 1981\1310); de 15 de junio de 1981 (RJ 1981\6940); de 6 de julio de 1981 (RJ 1981\3155); de 8 de febrero de 1982 (RJ 1982\889); de 26 de febrero de 1982 (RJ 1982\1646); de 2 de abril de 1982 (RJ 1982\2381); de 21 de junio de 1982 (RJ 1982\ 4824); de 8 de abril de 1983 (RJ 1983\2083); de 6 de febrero de 1984 (RJ 1984\605); y de 26 de Abril de 1984 (RJ 1984\2577). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ratificado expresamente el apartamiento de la Administración del precedente ilegal por su falta de vinculación al afirmar que *“la equiparación en la igualdad, que por propia definición puede solicitar el ciudadano que se siente discriminado, ha de ser dentro de la legalidad y sólo ante situaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad, con extensión indebida a la protección de situaciones ilegales, ni tampoco para convalidar jurídicamente los defectos imputables a la siempre limitada eficacia en el plano de los hechos que las actuaciones de los poderes públicos despliegan para el restablecimiento de la realidad física o jurídica alterada ilegalmente”* (sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de junio de 1982).

<sup>44</sup> Los argumentos del Tribunal Supremo se basan primeramente en que los conflictos que puedan surgir en estos casos entre el principio de igualdad y el de legalidad deben resolverse a favor del principio de legalidad. Señala el Alto Tribunal en su sentencia de 21 de abril de 1977 (RJ 1977\2643) que *“Que si bien es cierto, como dice la representación del accionante, que en diversas calles y hasta en la que está situada la que es objeto de la presente controversia, existen inmuebles con mayores alturas, como se ha acreditado de una manera minuciosa en la diligencia de reconocimiento judicial, practicada por esta Sala, ello no puede amparar la pretensión recurrente en el principio de igualdad ante la Ley, de todos los administrados, ... si bien el principio aludido no implica que se sigan otorgando licencias que vulneren la legalidad vigente en el ayuntamiento en cuestión por el hecho de que la Corporación de que se trate hubiera otorgado otras -STS de 29 de noviembre de 1968, y de 4 de julio de 1969-, pues como reiteradamente ha declarado dicho Alto Tribunal, el primer principio a tenerse en cuenta es el de la legalidad, no pudiéndose olvidar u omitir el mismo en aras del de igualdad para que el principio aducido tenga operatividad se necesita que la legalidad vigente permita lo edificado, pues del hecho de que varias veces se hubiera conculcado ésta última, no puede racionalmente inferirse que tenga que seguirse conculcando la legalidad, pues entre la fricción de ambos principios, es el de la legalidad el que ha de prevalecer; por todo lo cual, procede desestimar el recurso interpuesto”*. Y, en segundo lugar, porque aceptar la eficacia vinculante del precedente ilegal supondría la consagración de una vía anómala de derogación de normas escritas mediante la acepta-

precedentes ilegales supondría consagrar una forma alternativa y anómala de derogar las normas escritas mediante la aceptación de una costumbre o práctica legal. En lo que se refiere al desuso, *desuetudo* o derogación ordinal de las normas jurídicas, es decir, a la inobservancia de las normas a causa de un cambio de las circunstancias que promovieron su aprobación, aunque el Código Civil no admite el desuso como causa de derogación de las leyes<sup>45</sup>, es cierto que existen multitud de normas escritas que han dejado de aplicarse sin haber sido expresamente derogadas, lo cual aparece con mayor obviedad en el Derecho Administrativo, toda vez que está constituido por un numerosísimo conjunto de normas muy expuestas a las transformaciones de la realidad. El artículo 129.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (RCL 1958\1258) quiso acabar con la incertidumbre de las derogaciones implícitas al disponer que “*No podrá formularse ninguna propuesta de nueva disposición sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas*”, aunque pocas de ellas han seguido esta técnica derogatoria expresa hasta la derogación de este precepto por la Disposición Derogatoria Única.1.d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno (RCL 1997\2817). Sobre la *desuetudo* como causa abrogatoria de las normas GARCÍA DE ENTERRÍA ha precisado que “En la lógica del sistema normativo el desuso no puede admitirse fácilmente, porque pondría en cuestión el valor mismo de las normas escritas y, por ende, de los centros políticos capaces de producirlas; la norma debe valer por encima de su aplicación concreta, o incluso de su violación o inaplicación; más aún: sólo porque su razón de valer está sobreordenada o es trascendente a la aplicación puede ésta exigirse e imponerse, es decir, más sencillamente aún, la norma es verdadera norma. Pero es también un hecho que son constantes los ejemplos de normas que dejan un día de aplicarse sin que hayan sido desplazadas o derogadas por otras nuevas. La explicación se encuentra de nuevo en el carácter global y fáctico del ordenamiento, del que

---

ción de una costumbre o práctica ilegal. Afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1978 (RJ 1978\1122) que el reconocimiento del precedente ilegal conllevaría “*el reconocimiento de un valor normativo a hechos consumados contra legem, carente de todo apoyo en el ordenamiento jurídico y que queda desvirtuada ante la obvia observación de que los preceptos legales (...) tan solo se derogan por otros posteriores, sin que pueda prevalecer la práctica en contrario, según disposición taxativa contenida en el entonces artículo 5 del Código Civil*”; y la sentencia del Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1979 (RJ 1979\4066) señala que “*tal praxis implicaría admitir una fuente derogatoria del Derecho prohibida por el artículo 5 del Código Civil - 2º, ap. 2 en el texto de 1974*”.

<sup>45</sup> Cuyo artículo 2.2 señala que “*Las leyes sólo se derogan por otras posteriores*”. Al proscribir el legislador el desuso como forma de derogación, en pro de la seguridad jurídica, ocurre que las normas obsoletas continúan formalmente vigentes y los jueces y magistrados únicamente podrán inaplicarlas cuando sean contrarias a la buena fe, arbitrarias o atentatorias contra el principio de igualdad ante la ley.

más atrás hemos hablado, No podrá hablarse, por hipótesis, de una derogación de la norma que deja de aplicarse por otra norma posterior concreta; pero deberá hablarse de una evolución del ordenamiento como conjunto que ha desconectado de él la norma en cuestión, por lo que ésta deja de valer como tal. Este es el mecanismo, y no el desuso abrogatorio, que ha de explicar el fenómeno indicado<sup>46</sup>, se produce, por tanto, un desenganche fáctico del sistema general del ordenamiento (ejemplo de ello para este autor es la Constitución de 1931, de la cual no consta derogación expresa alguna, siendo evidente su abrogación no como consecuencia de un simple desuso, sino por encontrarse desligada del ordenamiento como organización social fáctica). No obstante todo lo dicho, la *desuetudo* ha tenido acogida en la jurisprudencia, que aprecia que, aunque una ley de las calificadas por la doctrina como obsoleta, esto es, aquella que por el cambio de circunstancias y desaparición de la razón de ser que la motivó no hubiera sido derogada formalmente, debe quedar privada de fuerza para subsistir dentro del bloque de la legalidad imperante en ese momento<sup>47 48</sup>.

### 3. Distinción entre costumbre, prácticas administrativas y precedente administrativo

La doctrina refiere la costumbre, las prácticas administrativas y el precedente administrativo muchas veces sin establecer diferencias entre ellas, lo que puede inducir a confusión, por lo que ha intentado esclarecerse por algunos autores.

<sup>46</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...*, op. cit., I, pág. 71.

<sup>47</sup> Afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1983 (RJ 1983\3434) que “*En cuanto al otro argumento empleado por la empresa accionante, referido a la extranjería de la empresa adjudicataria, tampoco puede desestimar la estimación de su recurso, puesto que la ley invocada para ello, la de 24 de noviembre de 1939, de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional, responde a unos principios -los autárquicos que aquella época- totalmente superados, por un cambio total de las circunstancias producido no ahora, sino desde hace mucho tiempo, dentro del propio Régimen Político que promulgó aquella Ley, en el cual, por su duración, se produjeron evoluciones notables en lo económico, lo que era inevitable, como la recogida por el Decreto-Ley de 21 de julio de 1959, con su plan de estabilización, y sus inmediatas secuelas de supresión de organismos de intervención (Decretos de 12 de septiembre y 10 de diciembre de 1959), evolución que se acentuó aún más con los Planes de Desarrollo, de carácter indicativo para el sector privado, iniciados con las directrices y medidas preliminares marcadas por el Decreto de 23 de noviembre de 1962, que se consolidan con la Ley de 28 de diciembre de 1963, aprobatoria del primer Plan; circunstancias que, en su conjunto, vienen a evidenciar que la Ley invocada de 1939 es, en la actualidad, aunque no hubiera sido derogada formalmente, una ley de las calificadas por la doctrina de “obsoletas”, esto es, una Ley que por el cambio de circunstancias y desaparición de la razón de ser que la motivó, queda privada de fuerza para subsistir dentro del bloque de la legalidad imperante en estos momentos”.*

<sup>48</sup> Supuesto especial de *desuetudo* en Derecho Administrativo lo constituye la tolerancia por parte de la Administración de prácticas de los administrados contrarias al ordenamiento jurídico, toda vez que las normas que son reiteradamente contravenidas por los administrados llegan a perder su vigencia en la práctica, aunque formalmente sigan vigentes y sin perder de vista que la Administración puede en cualquier momento cambiar de criterio y proceder de nuevo a su aplicación (*vid.* al respecto, voz *costumbre*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 1774).

GARRIDO FALLA señala que usualmente el lugar de la costumbre en Derecho Administrativo lo van a ocupar las prácticas administrativas, toda vez que los discutibles ejemplos que proporciona el Derecho positivo al respecto pueden clasificarse en dos grupos (costumbres que regulan el funcionamiento de instituciones surgidas espontáneamente en la historia y costumbres que regulan las relaciones entre particulares, aunque, por razón de la materia, tales relaciones se encuentran íntimamente conectadas con el interés público), y en ninguno de estos dos grupos aparece la relación jurídico-administrativa que se da entre la Administración y los particulares o administrados, por lo que difícilmente en Derecho Administrativo pueden darse los supuestos necesarios para que surja la costumbre con sentido análogo al que tiene en Derecho privado, esto es, como fuente del Derecho independiente de la voluntad estatal<sup>49</sup>, por ello, la costumbre en Derecho Administrativo sólo tiene vigencia respecto a los dos mentados grupos -resultando necesario que tal costumbre haya sido reconocida por la ley, y, una vez reconocida, no podrá ser derogada por normas de inferior rango formal-, mientras que en lo que se refiere a las relaciones jurídicas entre la Administración y los administrados, el papel de la costumbre puede venir desempeñado por las prácticas administrativas<sup>50</sup>. También ROYO VILLANOVA se pronuncia sobre la sustitución del valor de la costumbre por el de las prácticas administrativas<sup>51</sup>. Asimismo para POSADA las prácticas administrativas tienen una importancia fundamental en la teoría de las fuentes<sup>52</sup>. La obligatoriedad de las prácticas administrativas -refiere GARRIDO- surge allí donde haya podido crearse un principio de apariencia jurídica que induzca al administrado a creer correcta una actuación suya en un sentido determinado<sup>53</sup>. Para este autor, las prácticas administrativas que interesan no son unos simples modos de hacer, operaciones técnicas o de tramitación material de los expedientes, que carecen de relevancia, sino aquellas de cuya observancia pueden deducirse beneficios o perjuicios para situaciones jurídicas individualizadas, de ahí que no diferencie prácticas administrativas y precedente.

<sup>49</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, "Las fuentes no escritas...", *op. cit.*, págs. 10 a 12.

<sup>50</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, "Las fuentes no escritas...", *op. cit.*, pág. 14.

<sup>51</sup> ROYO VILLANOVA, Antonio, *Elementos...*, *op. cit.*, pág. 37.

<sup>52</sup> POSADA, Adolfo, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 175.

<sup>53</sup> Pudiendo apartarse la Administración de dicha obligatoriedad cuando se trate de materias en las que actúa con poderes reglados -por entender que la interpretación de la ley que se ha venido haciendo no es la correcta- y cuando se trate de materias en las que actúa con poderes discrecionales -por entender que los criterios hasta entonces aplicados son inoportunos o contrarios al interés público, si bien en este caso el cambio de criterio deberá de realizarse con carácter general para el futuro y no como derogación del criterio anterior para resolver un caso concreto- (GARRIDO FALLA, Fernando, "Las fuentes no escritas...", *op. cit.*, págs. 13 y 14).

Sin embargo, GARCÍA OVIEDO diferencia la costumbre de las prácticas administrativas, y ello en razón de su origen<sup>54</sup>, al igual que BIELSA, que separa la costumbre administrativa de la práctica o rutina burocrática, pero estos autores no distinguen las prácticas administrativas del precedente administrativo. Ello es debido -según ORTIZ DÍAZ- a que en la denominación de prácticas burocráticas o administrativas incluyen los usos de los funcionarios, la rutina administrativa y los precedentes, sin aparecer éstos con su adecuado y correcto significado<sup>55</sup>.

Por su parte PRESUTTI niega el carácter de fuente del derecho objetivo a las prácticas administrativas, afirmando que no constituyen norma jurídica y, por tanto, de ellas no nacen derechos ni obligaciones para los sujetos ajenos a la Administración, por lo que éstos no podrán exigir la observancia de las mismas, aunque los funcionarios sí deben respetarlas, incurriendo en responsabilidad jurídica en caso de inobservancia sin motivo justificado<sup>56</sup>; y RANELLETTI las considera fuentes de normas de administración puramente internas<sup>57</sup>. En la misma línea MIELE afirma que la práctica administrativa se forma a través de una conducta concordante seguida por los oficios de un ramo de la Administración en las materias de su competencia y que da origen a reglas de conducta cuya vigencia se limita exclusivamente a aquéllos<sup>58</sup>. Por el contrario, para ZANOBINI no puede considerarse a la práctica administrativa como una costumbre de carácter interno<sup>59</sup> y para GIANNINI la práctica administrativa no es una fuente del Derecho Administrativo, es un uso de la Administración, repetido y consolidado, aunque con el pleno conocimiento de su carácter no normativo<sup>60</sup>.

Distingue ORTIZ DÍAZ entre costumbre y precedente administrativo primeramente porque la costumbre es derecho no escrito y el precedente es derecho escrito; añade que, aunque no existe una opinión unánime sobre el número de repeticiones que necesita un acto para producir una costumbre<sup>61</sup> o un

<sup>54</sup> GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, págs. 41 y 42.

<sup>55</sup> ORTIZ DÍAZ, José, "El precedente...", *op. cit.*, pág. 77. Sobre el precedente, *vid.* también WERNER, Alain, "Le précédent administratif, source de légalité", *AJDA*, núm. 7-8, 1987, págs. 435 a 441.

<sup>56</sup> PRESSUTTI, Enrico, *Istituzioni di Diritto amministrativo italiano*, 2ª ed., Roma, 1930, págs. 74 y 75.

<sup>57</sup> RANELLETTI, Oreste, "La consuetudine...", *op. cit.*, pág. 163.

<sup>58</sup> MIELE, G., *Principi di Diritto amministrativo*, tomo I, Padova, 1953, pág. 113, y "Profilo della consuetudine nel sistema delle fonti del diritto interno", *Stato e Diritto*, 1943, pág. 8.

<sup>59</sup> ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1947, pág. 70.

<sup>60</sup> GIANNINI, Massimo Severo, *Lezioni di Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950, pág. 360.

<sup>61</sup> Señala DE CASTRO, Federico, *Devecho Civil...*, *op. cit.*, I, pág. 328, que tanto las Partidas como el Código Civil determinan la necesidad de que el uso se concrete en un lugar, aunque no puede determinarse el número de actos ni el de años necesarios para la consolidación del uso, y que sólo se debe indicar que ha de ser tan antiguo, frecuente y constante como para crear la racional seguridad de su continuidad en el próximo futuro.

precedente, la costumbre requiere, junto a la reiteración de los actos, cierta antigüedad, mientras que en el precedente administrativo no juega el factor tiempo ni la repetición de casos, toda vez que el precedente no se basa en la reiteración de actos sino en la concreción del principio de igualdad. “Le falta, pues, -dice- el elemento material de la costumbre, el uso. Basta por tanto un “precedente” para que pueda invocarse la autoridad del mismo. A pesar de las diferencias señaladas -concluye-, el precedente y la costumbre ofrecen parecido en cuanto a su modo de formación, ambos son un producto de un proceso de inducción. De casos concretos indúcese la norma o regla general, a diferencia de la ley que establece por vía de generalidad y de la que dedúcese la aplicación a supuestos específicos y particulares”<sup>62</sup>.

Asimismo diferencia ORTIZ DÍAZ entre precedente y prácticas administrativas, constituyendo estas últimas meras normas usuales de carácter y eficacia puramente interna para la Administración, derivadas de principios de técnica administrativa o de buena administración, que los funcionarios siguen en el desarrollo de su actividad, esto es, su estilo corriente de proceder, las tradiciones propias de los empleados, la rutina administrativa<sup>63</sup>; mientras que el precedente administrativo es algo más, toda vez que implica la resolución sustantiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a la misma y generadora de derechos e intereses para los particulares<sup>64</sup>.

SANTAMARÍA PASTOR distingue y relaciona a su vez costumbre *secundum legem* y precedente administrativo, afirmando que toda costumbre puede considerarse, en cierta forma, como un precedente, pero que éste puede existir simplemente con un solo acto previo que interprete una norma en un determinado sentido, en tanto que la costumbre exige, por definición, una repetición en el tiempo de numerosos actos de idéntica significación interpretativa<sup>65</sup>. Aparte de la necesidad o no de reiteración en el tiempo, añade que el fundamento de su fuerza de obligar es distinto, mientras que en la costumbre es inmanente, esto es, se halla en su misma condición de fuente del Derecho, en el precedente es trascendente, es decir, se basa en el debido respeto al los principios generales de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley. Advierte que no todo precedente es,

<sup>62</sup> ORTIZ DÍAZ, José, “El precedente...”, *op. cit.*, pág. 78.

<sup>63</sup> El *esprit de suite* de la burocracia, en palabras de POSADA, Adolfo, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 175.

<sup>64</sup> ORTIZ DÍAZ, José, “El precedente...”, *op. cit.*, pág. 80.

<sup>65</sup> Además en este supuesto la práctica administrativa tampoco tiene valor de costumbre, toda vez que para que el efecto vinculante se produzca no es necesaria la existencia de una conducta de la Administración consolidada por su uso reiterado, siendo suficiente un único acto anterior, lo que remite al precedente administrativo.

pues, una costumbre *secundum legem*, aunque matiza que puede aplicarse a este tipo de costumbre la jurisprudencia contencioso-administrativa relativa al precedente administrativo, que se decanta tradicionalmente por no admitir la eficacia vinculante del precedente<sup>66</sup>, aunque la invocación del principio de igualdad ante la ley ha permitido atinadamente a la jurisprudencia estimar recursos en base a la infracción de precedentes<sup>67</sup>, aunque haya sido con carácter puramente excepcional. Y es que la doctrina jurisprudencial ha señalado los cuatro requisitos necesarios para que el precedente resulte invocable en base al principio de igualdad ante la ley: la relación de identidad o semejanza entre el caso litigioso y el invocado como precedente<sup>68</sup>, la inexistencia de una razón de interés público que

<sup>66</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, págs. 110 a 114. Refiere SANTAMARÍA que la actitud general de la jurisprudencia hacia el precedente y su eficacia vinculante ha sido tradicionalmente negativa, destacando a este respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1914 (Colección Legislativa, núm. 143), que señalaba que “*el acuerdo recaído en un expediente no obliga a la Administración a resolver las reclamaciones posteriores que ante la misma se promuevan en otros expedientes sobre casos análogos, en el mismo sentido en que lo hizo en la primera*”, así como las sentencias del Alto Tribunal de 6 de mayo de 1943 (RJ 1943\593), de 23 de junio de 1951 (RJ 1951\1810), de 5 de enero de 1957 (RJ 1957\164) y de 11 de junio de 1962 (RJ 1962\2903), que expresamente refiere el “*escaso o nulo valor vinculativo que la Jurisprudencia asigna al precedente*”. Más recientemente la jurisprudencia ha continuado afirmando que “*el precedente no es fuente de Derecho por sí solo*”-sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979 (RJ 1979\3476)-; que “*como tiene declarado esta Sala en numerosas Sentencias por cuya profusión se hace inocuo citarlas dado su número, (el precedente) no vincula para nada*”-sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1980 (RJ 1980\884) y de 25 de octubre de 1980 (RJ 1980\3801)-; que “*sabido es que el precedente administrativo carece en nuestro ordenamiento jurídico de valor normativo, y el único precepto que se refiere a él de una manera directa es el artículo 43 LPA, que únicamente impone a la Administración la obligación de motivar los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes*”-sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981 (RJ 1981\1310)-; que “*los precedentes, en Derecho Administrativo, no constituyen fuente del mismo*”-sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1982 (RJ 1982\2381), que, a su vez cita las de 14 de abril de 1960, de 23 de junio de 1963, de 16 de octubre de 1965 (RJ 1965\4151), de 23 de noviembre de 1968 (RJ 1968\5431), de 18 de diciembre de 1972 (RJ 1972\5022), de 15 de junio de 1981 (RJ 1981\6940) y de 30 de septiembre de 1981 (RJ 1981\3148)-; y que “*los precedentes administrativos no vinculan a esta jurisdicción, que ha de atenerse a los elementos contemplados en el litigio que se le somete para resolver y no a otros distintos*”-sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1982 (RJ 1982\5750) y de 18 de noviembre de 1982 (RJ 1982\7004)-.

<sup>67</sup> La ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1962 (RJ 1962\2903) afirmaba que “*pese al escaso o nulo valor vinculativo que la Jurisprudencia asigna al precedente...*, ha de discriminarse si los casos invocados son iguales o parecidos, de suerte que el diverso criterio de la Administración al resolverlos sea contrario a la doctrina de los actos propios o vulnere el principio de igualdad de los administrados ante la ley”, y, aunque en este supuesto se desestimó el recurso, no ocurrió lo mismo en otros en los que la existencia de decisiones anteriores de la Administración -en sentido similar al pretendido por los recurrentes- permitió al Alto Tribunal estimar los correspondientes recursos en aplicación del principio de igualdad -sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1977 (RJ 1977\686), de 7 de mayo de 1979 (RJ 1979\2385), de 29 de octubre de 1979 (RJ 1979\4269) y de 23 de diciembre de 1980 (RJ 1980\5130)-.

<sup>68</sup> Señala el Tribunal Supremo al respecto en su sentencia de 11 de junio de 1982 (RJ 1982\2903) que “*Ha de discriminarse si los casos invocados son iguales o parecidos*”; para añadir la de 17 de abril de 1963 (RJ 1963\2261) que “*no constan (en autos) los datos precisos para conocer si efectivamente se da o no la igualdad de circuns-*

permita una vulneración del precedente<sup>69</sup>, la limitación de la eficacia vinculante del precedente al ámbito de las potestades discrecionales, estando excluida su aplicación en el de las regladas<sup>70</sup> y que el precedente sea ajustado a Derecho, lo

*tancias y condiciones determinantes de la aplicabilidad del principio (de igualdad)*”; para añadir la de 25 de abril de 1977 (RJ 1977\2647) que “*con ello ya se vislumbra la no completa identidad objetiva entre un supuesto y los anteriores, con lo que, el motivo aducido resulta jurídicamente insuficiente para fundar la pretensión ejercitada*”; y la de 7 de marzo de 1980 (RJ 1980\2101) que “*hubiera sido necesario probar la existencia de unas legítimas autorizaciones municipales, en supuestos de hecho idénticos al del recurrente, y con respecto a normas de aplicación iguales*”. Sin embargo, como apunta SANTAMARÍA PASTOR (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 112) “Es obligado reconocer, no obstante, que la jurisprudencia no es en este punto especialmente precisa: en unos casos se habla de identidad, en otros de semejanza; a veces se habla de identidad subjetiva y objetiva. En definitiva, la apreciación de la relación de semejanza -de identidad, en términos rigurosos, es imposible hablar- es un juicio que los Tribunales se reservan en cada caso concreto”.

<sup>69</sup> Cuestión que no ha sido resuelta con claridad suficiente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, toda vez que, por una parte, en base al principio de igualdad, parece obligada la observancia del precedente cuando es legal y existe semejanza, pero, por otra, el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992\2512) -artículo 43.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (RCL 1958\1258)- parece habilitar a la Administración a desconocer el precedente, siempre y cuando se motive la decisión. Vid., sentencias, entre otras de 7 de mayo de 1979 (RJ 1979\2385), que señala que “*sin que las razones que se alegan para fundamentar el acuerdo de reducción sean en absoluto convincentes, ya que no aparece como indudable la mejora para que para el interés público supondría la cesión...*”; de 8 de mayo de 1979 (RJ 1979\2387); de 29 de octubre de 1979 (RJ 1979\4269); de 18 de marzo de 1981 (RJ 1981\1310).

<sup>70</sup> En sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1978 (RJ 1978\3155) se afirma que el principio de igualdad “*se proyecta con respecto a actos de contenido discrecional, pero en los reglados no pasa de ser un aspecto de la obligatoriedad común de la regla y por tanto su eficacia correctora se manifiesta sólo cuando el órgano que la aplica tiene posibilidad de opción, determinando la exigencia de igual interpretación para casos idénticos*”. En el mismo sentido, sentencias de 5 de diciembre de 1969 (RJ 1969\5655); de 8 de mayo de 1979 (RJ 1979\2387); de 27 de junio de 1979 (RJ 1979\2990); de 9 de febrero de 1980 (RJ 1980\649); de 12 de junio de 1980 (RJ 1980\3182). Aunque la sentencia del Alto Tribunal de 22 de marzo de 1976 (RJ 1976\2092) sí admite la aplicación de la doctrina tanto respecto de los actos discrecionales como de los reglados. Ver a este respecto también las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1977 (RJ 1977\4453); de 30 de junio de 1978 (RJ 1978\3155) y de 3 de abril de 1979 (RJ 1979\1562). No obstante “La discrepancia entre ambas líneas jurisprudenciales es sólo aparente: en realidad, la aplicación del par de conceptos potestades regladas-potestades discrecionales al tema que nos ocupa es dogmáticamente incorrecto y desorientador; el principio de igualdad opera respecto de la aplicación de todas las normas que ofrezcan un cierto margen interpretativo, lo cual ocurre prácticamente en todos los casos, tanto en el de las que atribuyen potestades discrecionales cuanto regladas. Si lo que ha querido decir el Tribunal Supremo es que la invocación del principio de igualdad es inútil en el caso de potestades absolutamente regladas, consistentes en la aplicación puramente mecánica y automática de normas que no admiten interpretaciones diversas, la conclusión es obvia. Y aún cabría señalar que la aplicación del principio de igualdad en la hipótesis de potestades discrecionales es, si cabe, menos justificada, habida cuenta de que la intención del legislador ha sido otorgar una libertad de decisión a la Administración y, por lo tanto, consagrar la posibilidad de soluciones diversas, dependientes sólo del libre arbitrio de los administradores. En todo caso, la introducción de este par de conceptos es innecesaria y perturbadora”, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 113.

que supone la prohibición de invocar, en base al principio de igualdad, precedentes ilegales<sup>71</sup>.

Por último, GARCÍA DE ENTERRÍA señala que “Cuando existe una Ley que ha de aplicarse, los sujetos se ordenan directamente a ella, sin tener que pasar por la versión que de la misma da uno de esos sujetos, la Administración; mucho más el argumento es aplicable respecto de los Tribunales, a los que sería absurdo entender vinculados por esa práctica administrativa. Dicho lo cual, conviene precisar inmediatamente que si no valor normativo estricto, el precedente reiterado puede tener un cierto valor vinculante para la propia Administración, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria. Este juicio se explica fácilmente, sin necesidad de acudir a la tesis del precedente como costumbre, por virtud de los principios de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley (art. 14 de la Constitución) y de la buena fe (en sus dos vertientes, de protección de la confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces por la Administración, y de interdicción de la arbitrariedad propia: artículos 7 CC y 9.3 de la Constitución). Los artículos 2 RSCL y 54.1.c) LPC justifican en nuestro Derecho ese tipo de vinculación al precedente; el primero concreta la obligación de ajustar la intervención administrativa en la actividad de los administrados al principio de igualdad ante la Ley; el segundo impone a la Administración la obligación de motivar los actos «que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes». En virtud del último precepto, resulta claro que la Administración puede eventualmente apartarse del precedente, pero tiene que explicitar las razones concretas que le llevan a ese apartamiento”<sup>72</sup>.

Establecidas pues, las diferencias entre costumbre y precedente administrativo, es evidente asimismo que la costumbre y las prácticas administrativas deben de considerarse realidades diversas, toda vez que la costumbre surge por el uso seguido en las relaciones entre particulares y las prácticas administrativas son “reglas deducidas del comportamiento de la Administración sin intervención del administrado”<sup>73</sup>. Pues bien, aun a pesar de que el papel de la costumbre como tal en Derecho Administrativo es evidentemente limitado, ello no comporta que sea nulo, toda vez que, aunque es complejo que surja en la relación jurídico-administrativa entre una Administración, que goza del poder jurídico de

<sup>71</sup> Cuestión ya examinada al analizar la costumbre *contra legem* o abrogatoria.

<sup>72</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, I, págs. 69 y 70.

<sup>73</sup> Voz *costumbre*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, *op. cit.*, pág. 1772.

decisión unilateral, y los administrados, no es imposible, a lo que se une que, en esas relaciones y en función de unas determinadas circunstancias el papel de la costumbre pueda desempeñarlo la práctica administrativa. Es el caso de la aplicación de las prácticas administrativas como fuente supletoria en el supuesto de ausencia de remisión legal expresa para cubrir las lagunas de la norma escrita<sup>74</sup>. Negado tradicionalmente el valor vinculante de la práctica administrativa en base a que no es costumbre, ya que le falta el elemento principal de la *opinio iuris* y los usos de la Administración no suelen devenir de una convicción jurídica, actualmente esos reparos carecen de apoyo, toda vez que el Código Civil, tras la reforma de 1973, establece que los usos jurídicos “*tendrán la consideración de costumbre*” (artículo 1.3.2º), por lo que se le está otorgando a los usos o prácticas habituales idéntico valor normativo que a la propia costumbre.

#### 4. Supuestos de costumbre en Derecho Administrativo

Admitido, pues que nuestro Derecho sólo admite la costumbre *extra legem*, - como han señalado desde DE CASTRO hasta GARCÍA DE ENTERRÍA-, toca pues distinguir entre las dos modalidades apuntadas de costumbre *extra legem*, esto es, la costumbre *extra legem* que opera como fuente en virtud de remisión expresa por la ley escrita y la costumbre *extra legem* que opera como fuente supletoria en ausencia de remisión legal expresa. Finalmente, aunque ya se ha expresado su falta de viabilidad en Derecho Administrativo, se referirán algunos supuestos de costumbre *contra legem*.

##### A) Costumbre *extra legem* que opera como fuente en virtud de remisión expresa por la ley escrita

Señala GARRIDO FALLA que resulta muy difícil montar una teoría general de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo, toda vez que pueden distinguirse dos grupos de costumbres en Derecho Administrativo: las costumbres que regulan el funcionamiento de instituciones administrativas que no han sido creadas por la ley sino que han surgido espontáneamente a lo largo de la historia, entre las que incluye los municipios que funcionan en régimen de Concejo Abierto y los Tribunales de Aguas; y las costumbres que regulan las relaciones entre particulares, aunque, por razón de la materia, tales relaciones se encuentran íntimamente conectadas con el interés público, entre las que incluye las relaciones de los usuarios de un aprovechamiento de aguas, de aprovechamientos forestales o comunales.

---

<sup>74</sup> Lo cual ha sido admitido por el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 3 de marzo de 1958 (RJ 1958\957) y de 15 de marzo de 1963 (RJ 1963\1676).

La perspectiva histórica de la costumbre, esto es, su vigencia en relación con instituciones surgidas históricamente —aunque junto a planteamientos actuales—, es también apuntada por MORELL OCAÑA cuando afirma que “es preciso también levantar la vista sobre el puro presente y no marginar la dimensión histórica, la carga de historia que arrastran muchas de las instituciones jurídicas, públicas y privadas. En concreto, una vez que el Derecho público redefine su objeto y caben en su marco de observación una pluralidad de grupos portadores de una esfera de poder, unos fines colectivos y unas normas de ordenación y, por otra parte, se enriquece el enfoque introduciendo el trasfondo histórico junto a los planteamientos exclusivamente actuales se puede ponderar debidamente la importancia de la costumbre, su fuerza organizatoria de la realidad jurídica y, especialmente, la jurídico-administrativa. La costumbre, es, pues, engendrada por la historia de determinados grupos sociales, y se mantiene allí donde esos grupos siguen teniendo una trascendencia como ámbito de ordenación de la convivencia. Y, en ese sentido, hay que señalar cómo una buena parte de las entidades que contempla el Derecho administrativo se sitúan en la actualidad con una vida histórica propia que éste no olvida sino que se ve obligado a ponderarla debidamente: las trata como seres que tienen una historia que hay que respetar, y de la que se desprenden unas reglas de ordenación que se han de incorporar al presente. Se comprende, entonces, que la norma consuetudinaria tenga su más amplio efecto organizatorio allí donde existen entidades con un largo pasado. En nuestro Derecho positivo, sobre todo las Entidades locales y las organizaciones de regantes”. Pero, “Naturalmente, -continúa este autor-, la pura perduración de la norma, su largo pasado, es requisito necesario pero no suficiente para el reconocimiento del Derecho consuetudinario; junto a ello se sitúa, como otra exigencia, el origen extraestatal de la misma; esto es, que se trate de una norma que no ha nacido mediante una declaración de voluntad del correspondiente órgano del Estado”<sup>75</sup>.

Ahora bien, lo trascendente es el poder aislar y distinguir las auténticas normas consuetudinarias en Derecho Administrativo, que surgen verdaderamente cuando el legislador se remite directamente a ellas considerándolas pura y simplemente como costumbre. Así puede encontrarse en la legislación administrativa de sectores concretos una expresa referencia a la costumbre, inclusive previa y prioritaria a la aplicación de la ley. No obstante, la presencia de la costumbre en los distintos sectores del Derecho Administrativo se hace presente de manera “asistemática y fragmentaria”<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> MORELL OCAÑA, Luis, “La costumbre...”, *op. cit.*, págs. 26 y 27.

<sup>76</sup> MORELL OCAÑA, Luis, “La costumbre...”, *op. cit.*, pág. 25.

Entre los supuestos reconocidos de costumbre en Derecho Administrativo y que encuentran cabida dentro de este primer grupo deben destacarse primeramente las *Comunidades de Tierra o de Villa y Tierra*, que, en base al artículo 17 de la Ley de Régimen Local, Texto Articulado y Refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 (RCL 1956\74 y 101) van a continuar rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales<sup>77</sup>. Por su parte, el artículo 101 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952 (RCL 1952\1642) establecía que “*Las Comunidades de Tierra, Villa y Tierra, pastos, leñas, aguas, universidades y a socios de cualquier índole, se regirán por sus normas consuetudinarias o tradicionales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley (de Régimen Local)...*”.

---

<sup>77</sup> Las Comunidades de Villa y Tierra constituyeron una forma de organización política de la Extremadura castellana, las tierras conquistadas por el Reino de Castilla a Al-Ándalus entre los siglos XI y XII, y que se extendió también por algunas zonas del Bajo Aragón. Se trata de verdaderas repúblicas populares que dentro del reino de Castilla poseían los atributos de los estados autónomos de una federación, constituían los núcleos fundamentales de la estructura política y económica del estado castellano. Las Comunidades no eran, pues, mancomunidades o asociaciones más o menos transitorias o circunstanciales de Municipios, como a veces se afirma, sino los núcleos políticos y económicos fundamentales de la vieja Castilla por encima de los cuales, en un escalonamiento de jurisdicciones y poderes, estaba la Corona y por debajo quedaban los Municipios. Las Comunidades de Villa y Tierra consisten en la existencia de tierras comunadas que incluían a distintas aldeas alrededor de una Villa mayor y que se subdividían, a su vez, en seis sexmas u ocho ochavos. Estas tierras podían ser, según su dueño, de realengo si son del Rey, de abadengo si son de un abad o de un obispo, de solariego si son de un noble u orden militar o de behetría si son los propios habitantes quienes eligen al señor. En este nuevo sistema, el centro y eje del esquema administrativo será la Villa. Los vecinos o villanos, organizados en concejo, reciben del Rey un amplio territorio de centenares y aún millares de kilómetros cuadrados, sobre el que van a ejercer los derechos de propiedad y organización que anteriormente correspondían al Rey, magnates y abades. Las competencias del concejo eran: dirigir el nacimiento e instalación de las aldeas en su territorio, repartir las heredades entre los vecinos y reservar otras tierras para aprovechamiento concejil y comunal; y establecer las normas que regulan las relaciones entre la propia aldea y otras, así como entre los vecinos de unas y otras. Las normas venían reguladas por los Fueros, sancionados por el monarca. La Villa dependía únicamente del Rey, elegía anualmente, vecinalmente o por parroquias, a sus propias autoridades, con una duración de los cargos de un año, y estos ejercían todas las competencias gubernativas, judiciales, económicas e incluso militares. Las competencias de la Comunidad y su autonomía no estaban reñidas con la presencia en la misma de un representante del Rey para velar por sus intereses, especialmente fiscales. Todas las Comunidades eran iguales y sólo se relacionaban directamente con el Rey, siendo éste el único lazo de unión con la Corona. Así se pueblan y organizan las tierras al sur del río Duero, en cuarenta y dos Comunidades, que integrarían la denominada Extremadura castellana. Este régimen de libertades y autonomía será considerado como una situación de privilegio por las poblaciones más antiguas de Castilla. Por otra parte, al norte del río Duero, el proceso de señorialización englobaba en el siglo XIII a la mitad de sus aldeas, en las Comunidades de Villa y Tierra el avance señorial es frenado casi totalmente por la mayor capacidad de resistencia de éstas, que sólo comenzará a romperse en la segunda mitad del siglo en las Comunidades de menor extensión. En relación a estas Comunidades, *vid.*, CARRETERO Y JIMÉNEZ, Anselmo, “Comunidad de villa y tierra, núcleo básico de la federación medieval castellana”, *La personalidad histórica de Castilla en el conjunto de los pueblos hispánicos*, Hyspamérica de Ediciones, San Sebastián, 1977, págs. 49 a 64.

Otra institución surgida históricamente que es obligado mencionar cuando se hace referencia a la costumbre en Derecho Administrativo es la de los Municipios que funcionan en régimen de *Concejo Abierto*. El Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924<sup>78</sup> restableció el régimen de Concejo Abierto en el caso de determinados Municipios, concretamente señalaba su artículo 42 que “*En los Municipios que no excedan de 500 habitantes serán Concejales todos los electores, en Concejo abierto. En los de más de 500 a 1.000 habitantes serán Concejales, cada tres años, la mitad de los electores no incapacitados para el cargo, a cuyo efecto se dividirá la lista alfabética de electores constitutiva del Censo, en cuatro partes iguales, por riguroso y sucesivo orden de apellidos a partir de la letra A. El primer turno trienal se formará con los dos primeros grupos de electores, y al concluir el trienio se fijará por sorteo la mitad que ha de ser sustituida por el tercer grupo. Concluido el segundo trienio, entrará el último grupo a sustituir al que hubiese formado parte del Ayuntamiento durante seis años consecutivos*”. Por su parte, el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1952 señalaba en el supuesto del Municipio que “*los antiguos usos, costumbres u ordenanzas locales o comarcales que comporten modalidades típicas de cualquier índole, avaladas por la tradición o por la historia, podrán ser declaradas subsistentes en su primitiva forma o adaptadas a las transformaciones de la vida comunal*” por la Administración del Estado, tras una valoración desde el punto de vista del interés o el orden público o la inconciliabilidad con las leyes (artículos 111 y 112), por lo que la subsistencia de la costumbre es cuestión que se deja a la intervención estatal. Según el artículo 111.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre de 1986 (RCL 1986\3812) el funcionamiento de las *Asambleas Vecinales* en el régimen de *Concejo Abierto* “*se ajustará a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a la Ley 7/1985, de 2 de abril, y a las leyes de las Comunidades Autónomas sobre Régimen Local. En defecto de estas últimas se aplicará el presente artículo y, en lo posible, lo establecido en el Capítulo Primero de este Título*”, por lo que, más rotundamente que en la normativa precedente, se sitúan la Ley de Bases de Régimen Local y las leyes autonómicas en la materia como Derecho supletorio de la costumbre, y es que el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1952 refería respecto a las *Juntas Vecinales* de las Entidades Locales Menores que “*el funcionamiento de tales organismos se regirá por sus observaciones u Ordenanzas locales, y en lo que no sea específico ni se oponga a los usos, costumbres o tradiciones, por los preceptos aplicables de la Ley y de este Reglamento*”, esto es, la ley se coloca claramente como Derecho supletorio. Continúa diciendo el artículo 111 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las

---

<sup>78</sup> Gaceta de Madrid núm. 69, de 9 de marzo de 1924.

Entidades Locales de 1986 que “2. *Las Asambleas vecinales se reunirán donde lo tengan por costumbre, celebrarán sesión ordinaria como mínimo una vez al trimestre en día festivo, y serán convocadas a toque de campana, por pregón, por anuncio o por cualquier otro medio de uso tradicional en el lugar.* 3. *Para que dichas Asambleas queden válidamente constituidas habrá de asistir una tercera parte de los vecinos, presentes o representados, que a ello tengan derecho. En ningún caso el número de presentes podrá ser inferior a tres. Se requiere siempre la presencia del Presidente y del Secretario o de quienes legalmente les sustituyan. La representación de los vecinos podrá otorgarse para cada sesión o con carácter permanente pero siempre en favor de vecino perteneciente a la Asamblea vecinal. La representación deberá acreditarse mediante documento público, documento privado con firma notarialmente legitimada o poder otorgado ante el Secretario de la entidad local. Ningún vecino podrá asumir la representación de más de un tercio de los miembros de la Asamblea vecinal.* 4. *Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos*”. Por su parte, dispone el artículo 29 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (RCL 1985\799), modificado por la Disposición Final 1.1 de Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero (RCL 2011\136), que modifica el régimen electoral general, que “3. *En el régimen de Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un Alcalde y una asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores. Ajustan su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido en esta Ley y las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local*”<sup>79</sup>. Y el artículo 53 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (RCL 1986\1238) señala que “*Las Juntas o Asambleas vecinales de las Entidades locales de ámbito territorial inferior al municipal ajustarán, también, su funcionamiento a lo dispuesto en los artículos anteriores, que se aplicarán, asimismo, para las Asambleas vecinales en el régimen de Concejo abierto en todo aquello que no sea específico de este régimen ni se oponga a los usos, costumbres o tradiciones locales. Los acuerdos se adoptarán siempre por mayoría de votos*”, esto es, ajusta su funcionamiento a los usos, costumbres o tradi-

<sup>79</sup> Establece el artículo 29 que “1. *Funcionan en Concejo Abierto: a) Los municipios que tradicional y voluntariamente cuenten con ese singular régimen de gobierno y administración. b) Aquellos otros en los que por su localización geográfica, la mejor gestión de los intereses municipales u otras circunstancias lo hagan aconsejable.* 2. *La constitución en concejo abierto de los municipios a que se refiere el apartado b) del número anterior, requiere petición de la mayoría de los vecinos, decisión favorable por mayoría de dos tercios de los miembros del Ayuntamiento y aprobación por la Comunidad Autónoma.* 3. *En el régimen de Concejo Abierto, el gobierno y la administración municipales corresponden a un Alcalde y una asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores. Ajustan su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido en esta Ley y las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local.* 4. *No obstante lo anterior, los alcaldes de las corporaciones de municipios de menos de 100 residentes podrán convocar a sus vecinos a Concejo Abierto para decisiones de especial trascendencia para el municipio. Si así lo hicieren deberán someterse obligatoriamente al criterio de la Asamblea vecinal constituida al efecto. Los municipios que con anterioridad venían obligados por Ley en función del número de residentes a funcionar en Concejo Abierto, podrán continuar con ese régimen especial de gobierno y administración si tras la sesión constitutiva de la Corporación, convocada la Asamblea Vecinal, así lo acordaran por unanimidad los tres miembros electos y la mayoría de los vecinos*”.

ciones locales. En los artículos 29 de la Ley de Bases de Régimen Local y 53 del Texto Refundido de Régimen Local se observa, pues, la preferencia de la costumbre sobre lo establecido con carácter general respecto a los Municipios tanto en dichas normas como en las normas autonómicas de régimen local.

En otro orden de cosas, concretamente entre las llamadas propiedades especiales, debe hacerse mención al *Tribunal de las Aguas de Valencia*, que constituye sin duda una de las más antiguas instituciones de justicia existentes en Europa, se reúne semanalmente, todos los jueves del año a medio día, en el lado derecho de la gótica Puerta de los Apóstoles de la Catedral de Valencia. El Tribunal tiene una doble función: judicial y administrativa<sup>80</sup>. Por costumbre, se utiliza el nombre de Tribunal de los Acequeros de la Vega de Valencia para referirse a estas

<sup>80</sup> El funcionamiento del Tribunal de las Aguas de Valencia es sumamente sencillo. La persona denunciada es citada por el Guarda de la Acequia para el jueves siguiente. Hasta dos veces más es citado y, si no acude tampoco a la tercera citación, tras admitirse la denuncia, se le juzga en rebeldía pudiendo ser condenado. Nunca ha sido necesario acudir a la fuerza pública para hacerle comparecer. Se sientan los síndicos en los sillones asignados a cada una de sus respectivas Acequias. Asiste el Alguacil del Tribunal, antaño guarda mayor o verdadero “atandador”, encargado de dar el agua y levantar las compuertas o paradas, portador, como insignia, de un impropio arpón de latón dorado, de dos púas, una de ellas encorvada, que era el instrumento con que separaban y recogían las tablas de las ranuras de los partidores. El Alguacil, solicita del Presidente la venia para iniciar las citaciones y llama públicamente: “*¡Denunciats de la Séquia de Quart!*”, y acuden los denunciados, si los hay, acompañados por el Guarda de la Acequia. Las citaciones se van haciendo por el orden en que las Acequias toman el agua del río, iniciándose por la de Quart, que es la primera, y terminando por la de Robella, que es la última. El Guarda expone el caso o presenta al querellante, si hay acusador privado. Acaba con la frase de ritual: “*Es quant tenia que dir*”. El Presidente inquiere: “*qué té que dir l’acusat?*”, y pasa a defenderse el acusado. Ya ha caído en desuso el célebre “*calle vosté i parle vosté*”, al igual que aquella antigua costumbre, de tradición árabe, de señalar con el pie a quien se concedía la palabra. Los trámites son totalmente verbales. El desarrollo del juicio enteramente en lengua valenciana. Todos intervienen en su propio nombre, ni abogados ni documentos escritos; pueden proponer testigos e incluso inspección ocular (la *visura*). El Presidente y los miembros del Tribunal pueden hacerle las preguntas necesarias para mejor información del caso y, sin más trámite y en presencia de los interesados, el Tribunal delibera y sentencia. Para garantizar la imparcialidad, en la deliberación no interviene el Síndico de la Acequia a la que pertenecen los litigantes; y, también es norma que, si el denunciado pertenece a una Acequia de la derecha del río, la sentencia la propongan los síndicos de las Acequias de la izquierda, y viceversa. Si la sentencia es condenatoria, el Presidente lo hace con la frase de ritual: “*Este Tribunal li condena a pena i costes, danys i perjúns, en arreglo a Ordenances*”. Las Ordenanzas de las respectivas Acequias establecen las penas para las distintas infracciones. Y no caben recursos ni apelaciones ya que la sentencia es ejecutiva de por sí; de ello se encarga el Síndico de la Acequia. El Tribunal sólo reconoce y sentencia si el denunciado es culpable o inocente. De esta forma tan simple y sencilla, al tiempo que tan efectiva y respetada por todos los miembros de una comunidad agrícola, ha solucionado sus problemas de aguas el laborioso pueblo valenciano desde los tiempos más remotos. No hay abogados, no hay documentos, no hay largísimos trámites burocráticos que retrasen lo que constituye el más elemental de los derechos humanos, la justicia. En cuanto al motivo de las denuncias se trata, sobre todo, de hurto de agua en tiempos de escasez, rotura de canales o muros, ‘sorregar’ echando agua en campos vecinos que dañan la cosecha por exceso de ésta, alterar los turnos de riego tomando el agua el día que no procede, tener las Acequias sucias que impidan que el agua circule con regularidad, levantar la ‘parada’ cuando un

dos funciones, conjuntamente, mientras que el nombre de Tribunal de las Aguas se reserva para las funciones judiciales propiamente dichas. En realidad son dos órganos distintos pero que actúan el mismo día, lugar y hora. Se regula únicamente en el Decreto de 5 de abril de 1932, que reconoce su existencia y confirma sus privilegios de los siglos XIII y XIV y su autonomía de jurisdicción. Se compone de 8 síndicos-jueces, correspondientes a las acequias y comunidades de regantes de la Vega de Valencia. Cuando ejercen funciones administrativas son denominados síndicos, cuando jurisdiccionales jueces. Son elegidos democráticamente en cada comunidad de regantes, de acuerdo con las ordenanzas respectivas de cada acequia, debiendo ser labradores, propietarios y cultivadores directos de las tierras regadas por la acequia, siendo elegidos como regla general por un período de hasta 3 años, con posibilidad de reelección. Este Tribunal está reconocido como Tribunal consuetudinario y tradicional en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (RCL 1985\1578), concretamente su artículo 19.3 dispone que: “*Tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana*”. Asimismo debe referirse aquí el Consejo

regante está usando de su turno, regar sin solicitud de turno, etc. Pueden, asimismo ser juzgados los empleados de las Acequias, tanto por su condición de regantes como por su actuación ante otras Comunidades de Regantes. Incluso los propios Síndicos, como ya se ha comentado. La jurisdicción se extiende, asimismo, a personas ajenas a las Comunidades de Regantes que han causado algún perjuicio al sistema de riegos, pues, con sus actos, han entrado por propia decisión en la esfera de competencias del Tribunal. En caso de no comparecencia, se les puede condenar igualmente, y se puede acudir después a la vía ordinaria presentando la correspondiente demanda civil por los daños y perjuicios causados, aduciendo entre las pruebas la sentencia condenatoria del Tribunal de las Aguas. Los trámites del juicio, como ya se ha dicho, son totalmente verbales. No obstante, tras la primera Ley de Aguas, la necesidad de dejar una cierta constancia, condujo a un Libro Registro en el que figuran unos pocos datos de cada juicio, tales como: Acequia donde se produjo el hecho, nombre de denunciado y denunciante, motivo de la denuncia, fallo y fecha. El Tribunal tiene una doble función: judicial y administrativa. Por costumbre, se utiliza el nombre de Tribunal de los Acequeros de la Vega de Valencia para referirse a estas dos funciones, conjuntamente, mientras que el nombre de Tribunal de las Aguas se reserva para las funciones judiciales propiamente dichas. En realidad son dos órganos distintos pero que actúan el mismo día, lugar y hora, e integrados por las mismas personas (el Síndico es, a la vez, jurado y acequero) o con una ligera variación: la Acequia de Robella tiene un Síndico-jurado y un Síndico-acequero, y la Acequia de Chirivella no tiene Síndico-jurado. Cuando acaban de ser juzgados los casos denunciados en el marco de la Puerta de los Apóstoles, los síndicos pasan a la vecina Casa-Vestuario para tratar los asuntos comunes; en este caso son nueve los síndicos puesto que se incorpora el representante de Chirivella. El problema fundamental a tratar es la situación del agua del río; según el caudal, se decide abrir más o menos los tornos de las Acequias y, si procede, solicitar, acudiendo a antiguos privilegios concedidos por el rey Jaime II, en 1321, agua de la Acequia de Moncada (la antigua acequia Real o de Puzol). En este aspecto administrativo, el Tribunal está sujeto al Comisario de Aguas, como entidad superior, que tendrá que resolver las cuestiones planteadas entre el Tribunal de las Aguas y el Acequero mayor de Moncada. Actualmente, el tema principal de las reuniones está en relación con la salida de agua del Pantano de Benagéber. La función jurisdiccional es competencia exclusiva del Tribunal; en su función administrativa se ve éste auxiliado por los letrados de todas las Comunidades, que aconsejan sobre ordenanzas, intervienen ante la jurisdicción ordinaria, presentan los recursos en defensa de la Huerta, etc.

de *Hombres Buenos de la Huerta de Murcia* es un Tribunal consuetudinario y tradicional, tal y como se establece en el artículo 19.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>81</sup>, por lo que sus reglas y autoridad vienen dadas por la tradición y la costumbre, siendo depositario, al igual que el Tribunal de las Aguas de Valencia, de una milenaria cultura solidaria y democrática del agua, cuya misión es garantizar el buen funcionamiento de las extensas y complejas redes de canales de riego comunales que configuran el paisaje cultural agrícola de las riberas de los ríos Segura y Turia en torno a la ciudad de Murcia, estando encargado de dirimir los conflictos de riego en la Huerta de Murcia. Hasta su reconocimiento como órgano jurisdiccional especial por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1999\1305) era indiscutible que se trataba de un organismo administrativo. Su origen se encuentra en la época de dominación árabe, estando documentado el Sobrecequero o Magistrado de la Huerta desde 1614, su antecedente, y regulado básicamente el Consejo por las Ordenanzas de la Huerta de Murcia<sup>82</sup>, que organizan los riegos de la Vega de Murcia y las relaciones de la comunidad de regantes. La Ley de Aguas y el Código Civil son normas supletorias de las mismas. El *Consejo de Hombres Buenos* conoce de todas las controversias que se susciten entre regantes, de las reclamaciones sobre los perjuicios que se causen a terceros y de los abusos e infracciones a las Ordenanzas, estando presidido por el Alcalde del Ayuntamiento en donde se celebre la audiencia pública, aunque sólo vota en caso de empate. Sus fallos se dictan de plano y por mayoría absoluta, una vez han sido oídas las partes y practicadas las correspondientes pruebas. El Alcalde es la autoridad de ejecución, y quien resuelve el recurso de nulidad o de injusticia notoria contra la resolución, en caso de que se interponga, razones por las que, a pesar de la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, seguimos pensando que estamos ante un órgano de naturaleza claramente administrativa. En 2009 ambos, *Tribunal de las Aguas de Valencia* y *Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia*, son designados Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad por la UNESCO por ser testimonio único de una tradición cultural viva, la de la justicia y el gobierno democrático y autogestionario de las aguas por parte de los campesinos andalusíes en el ámbito de las huertas que rodeaban las grandes ciudades de la fachada mediterránea de la Península Ibérica<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Apartado añadido por el artículo 1 de Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL1999\1305).

<sup>82</sup> Del año 1849, compuestas por 178 artículos.

<sup>83</sup> Sobre el Tribunal de las Aguas de Valencia, *vid.*, BORRULL Y VILANOVA, Francisco Xavier, *Discurso sobre la distribución de las aguas del Turia y deber conservarse el Tribunal de los acequeros de Valencia*, Imprenta de D. Benito Monfort, Valencia, 1928; GUILLÉN RODRÍGUEZ DE CEPEDA, Antonio, *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Los modernos Jurados de riego: tesis doctoral*, Est. Tipográfico Domènech, Valencia, 1920; GINER BOIRA, Vicente, *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*, Ed. Giner Boira, Valencia, 1953.

Abundando en lo que acaba de decirse, el artículo 77 *in fine*, de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (RCL 1985\1981), dispone que “*allí donde existan Jurados o Tribunales de riego, cualquiera que sea su denominación peculiar, continuarán con su organización tradicional*”, por lo que se corrobora el papel fundamental de la costumbre<sup>84</sup>.

Por su parte, ya aludía también a la costumbre la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879<sup>85</sup> que disponía en su artículo 234 que “*En los regadíos hoy existentes y regidos por reglas, ya escritas, ya consuetudinarias, de una comunidad de regantes, ninguno será perjudicado ni menoscabado en el disfrute del agua de su dotación y uso, por la introducción de cualquier novedad en la cantidad, aprovechamiento o distribución de las aguas en el término regable*”, añadiendo su artículo 237 que “*El reglamento para el Sindicato lo formará la Comunidad. Serán atribuciones del Sindicato: 2.ª. Dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales*”. Finalmente, debe hacerse mención al artículo 247 de este texto legal que señalaba que “*Donde existan de antiguo Jurados de riego, continuarán con su actual organización, mientras las respectivas comunidades no acuerden proponer su reforma al Ministerio de Fomento*”, por lo que, la costumbre conserva toda su eficacia organizatoria en tanto en cuanto no sea objeto de reforma por voluntad de la Comunidad.

En materia de *bienes comunales* debe hacerse mención en primer lugar a la Ley de Defensa de bosques de 24 de julio de 1918<sup>86</sup> y su Reglamento de aplicación de 5 de septiembre de 1918<sup>87</sup>, que se refieren a la costumbre del lugar y de la comarca en materia de aprovechamientos forestales. El Real Decreto núm. 1042, de 8 de abril de 1930 (RCL 1930\618)<sup>88</sup>, sobre ordenación y disfrute de aprovechamientos de los bienes comunales, afirma respecto a estos que “*siempre que no se encuentren en oposición con lo que, en orden a los mismos, pueda existir para ellos con carácter tradicional, en cuyo caso continuarán vigentes para regularlos las costumbres del país*”. Posteriormente la legislación de Régimen Local de 1955 otorgó primacía a la costumbre en lo referente a la ordenación del disfrute general y simultáneo de dichos bienes por el común de los vecinos, concretamente el artículo 192.2 de la Ley de Régimen Local de 1955 establecía que “*Cuando el*

---

<sup>84</sup> Otro Tribunal consuetudinario de características semejantes al de las Aguas de Valencia y al Consejo de Hombres Buenos de la Huerta Murciana es el *Lligalló de Morella*, sobre él, *vid.*, VALLS TABERNER, Fernando, *El Tribunal de Lligalló de Morella*, Imp. V. Carceller, Morella, 1926.

<sup>85</sup> Gaceta de Madrid núm. 170, de 19 de junio de 1879.

<sup>86</sup> Gaceta de Madrid núm. 213, de 28 de julio de 1918.

<sup>87</sup> Gaceta de Madrid núm. 255, de 8 de septiembre de 1918.

<sup>88</sup> Gaceta de Madrid núm. 99, de 9 de abril de 1930.

*disfrute general y simultaneo de los bienes comunales fuera impracticable a falta de costumbre o reglamentación local, se adjudicará su aprovechamiento...*”. Como señala ALEJANDRO NIETO, el supuesto presenta cierta complejidad<sup>89</sup>, lo cual ha sido igualmente apuntado MORELL OCAÑA<sup>90</sup>. Y es que, como puso de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen de 7 de octubre de 1956<sup>91</sup>, las ordenanzas, no obstante su carácter, atribuido por la ley, de sistematizadoras de normas consuetudinarias tradicionalmente observadas, no se conciben limitadas en sí mismas, esto es, petrificadas e inalterables (lo cual fue asimismo señalado por las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1962 y 31 de enero y 26 de diciembre de 1963), sino que, por el contrario, “*podrán ser adaptadas a las transformaciones de la vida comunal*”. Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 y 31 de enero de 1963 afirman que “*La frase “normas consuetudinarias tradicionalmente observadas” del artículo único de la Ley de 23 de diciembre de 1848 es la condición o premisa necesaria para que determinados Ayuntamientos -aquellos en los cuales existieran consuetudinariamente montes comunales con aprovechamientos en los que se concedieran a los vecinos suertes o cortas de madera, lo que desde tiempo inmemorial venía sucediendo en Covalada- pudieran ejercitar en esta materia su potestad reglamentaria*”. También es de destacar el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de mayo de 1969<sup>92</sup>, que contempla un supuesto de aprovechamientos comunales en el que el Ayuntamiento decide que se sigan realizando según costumbre, aunque no acredita la imposibilidad de la realización del aprovechamiento de acuerdo con otras formas a la que la ley otorga primacía. Se admiten, pues, ambas posibilidades. En determinados casos de montes con aprovechamientos madereros la costumbre local vincula la participación de únicamente los vecinos que reúnan “*determinadas condiciones de vinculación, arraigo, permanencia o edad*” (el artículo 192.4 de la Ley de Régimen Local de 1955 disponía que “*Los Ayuntamientos y Juntas vecinales que viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de montes comunales mediante concesiones periódicas a los vecinos de suertes o cortas de madera, de acuerdo con normas consuetudinarias o reglamentaciones locales tradicionalmente observadas...*”), quedando el Ayuntamiento condicionado por el respeto a la costumbre cuando pretende ejercitar su potestad normativa para la determinación de los titulares de estos aprovechamientos. Se trata de un caso de primacía de la costumbre en el ordenamiento jurídico propio de estas entidades municipales<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro, *Bienes comunales*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 215.

<sup>90</sup> MORELL OCAÑA, Luis, “La costumbre...”, *op. cit.*, pág. 30.

<sup>91</sup> *Recopilación de Doctrina Legal, 1965-66*, Madrid, pág. 6051.

<sup>92</sup> *Recopilación de Doctrina Legal, 1968-69*, Madrid, pág. 503.

<sup>93</sup> En este sentido, *vid.*, el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de octubre de 1967 (*Recopilación de Doctrina Legal, 1967-68*, Madrid, págs. 608 y 609), en el que el Consejo considera que la ordenanza no debe aprobarse porque modifica (ampliándolos) los derechos consuetudinariamente adquiridos por los veci-

El artículo 75.2 del Texto Refundido de Régimen Local de 1986, al referirse al aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales por la colectividad dispone que “*Cuando este aprovechamiento y disfrute general simultáneo de bienes comunales fuere impracticable, regirá la costumbre u ordenanza local, al respecto y, en su defecto, se efectuarán adjudicaciones de lotes o suertes a los vecinos, en proporción directa al número de familiares a su cargo e inversa a su situación económica*”, mientras que el número 4 del mentado artículo y en el mismo sentido el artículo 103.2 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RCL 1986\2217)<sup>94</sup> establece que “*Los Ayuntamientos y Juntas vecinales que, de acuerdo con normas consuetudinarias u Ordenanzas locales tradicionalmente observadas, viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales, mediante concesiones periódicas de suertes o cortas de madera a los vecinos, podrán exigir a éstos, como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales indicados, determinadas condiciones de vinculación y arraigo o de permanencia, según costumbre local, siempre que tales condiciones y la cuantía máxima de las suertes o lotes sean fijadas en ordenanzas especiales, probadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, previo dictamen del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquella, si existiere, o, en otro caso, del Consejo de Estado*”, vemos pues cómo este texto se remite expresamente a las normas consuetudinarias u ordenanzas locales tradicionalmente observadas. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ 2007\8972) es suficientemente expresiva a este respecto en tanto en cuanto considera que la exigencia establecida de ser natural del municipio para ser beneficiario del disfrute y aprovechamiento de los bienes comunales resulta conforme con la vinculación, arraigo y permanencia a que se refieren el Real Decreto 781/1983,

---

nos; así como el Dictamen del mismo Consejo de 17 de diciembre de 1970 (*Recopilación de Doctrina Legal, 1970-71*, Madrid, págs. 191 a 193), en el que afirma que “*el supuesto del artículo 192-4 de la Ley de Régimen Local, de aprobación de Ordenanzas con exigencia de determinadas vinculaciones de arraigo, permanencia o edad para el disfrute de bienes comunales, es el de «los Ayuntamientos o Juntas Vecinales que viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de montes comunales mediante concesiones periódicas de suertes o cortas de madera, de acuerdo con normas consuetudinarias o reglamentaciones locales tradicionalmente observadas. Es decir, que se requiere que exista un régimen tradicional, consuetudinario, y la conservación de él es el objetivo de dicho precepto (...). No ocurre así en el presente caso (...), en consecuencia, no se trata de recoger en norma expresa el contenido anterior de un régimen consuetudinario, sino de crear esa norma ex novo, lo que, evidentemente, no encaja en el mentado supuesto legal*”.

<sup>94</sup> Expresa el mencionado precepto que: “*Los ayuntamientos y juntas vecinales que viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales, mediante concesiones periódicas a los vecinos de suertes o cortas de madera, de acuerdo con normas consuetudinarias u ordenanzas locales tradicionalmente observadas, podrán exigir a aquellos, como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales indicados, determinadas condiciones de vinculación y arraigo o de permanencia, según costumbre local, siempre que estas condiciones singulares y la cuantía máxima de las suertes o lotes sean fijadas en ordenanzas especiales, que necesitaran para su puesta en vigor la aprobación del órgano competente de la Comunidad Autónoma, el cual la otorgará o denegará, oído el Consejo de Estado o el órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquella, si existiera*”.

de 18 de abril y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y por ello determina la conformidad a Derecho de la Ordenanza reguladora de los aprovechamientos forestales, pastos y caza de las fincas comunales: la vinculación, el arraigo y la permanencia son exigencias perfectamente lícitas y ninguna lo es más en el sentido de la norma cuando menciona la vinculación, que la relativa al nacimiento en el lugar, a la que se yuxtaponen por lo que se refiere al arraigo o permanencia la vecindad y la residencia continuada. En su conjunto, y sin que se pueda prescindir de ninguna, garantizan la permanencia de los bienes en el común, y que los beneficios que los mismos producen repercutan de modo directo en quienes permanecen en el Municipio. Y en lo que aquí interesa, toda la normativa referida en la sentencia transcrita es el producto de una larga evolución del Derecho a lo largo de un dilatado período de tiempo que viene a reconocer la convivencia de las costumbres locales con la ordenación positiva de los aprovechamientos de bienes comunales de los Ayuntamientos y Entidades Locales menores, y que admite la prevalencia de la costumbre cuando la misma se recoge en Ordenanzas Locales dictadas específicamente para esos aprovechamientos y aprobadas con la condiciones que imponen las normas que se ocupan de la cuestión<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Haciendo una sinopsis de la mentada sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007, el recurso de casación interesa la revocación de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, de 16 de enero de 2004 que declaraba que no podría adicionarse por Ordenanza municipal la exigencia de ser natural del municipio al bastar la residencia real y efectiva, como el arraigo en el mismo, para ser considerado vecino a efectos del derecho al disfrute del aprovechamiento. Concretamente se formulan dos motivos de casación: El primero de ellos invoca la infracción por inaplicación del art. 75.4 del TRRL, Real Decreto Legislativo 781/1986, y del art. 103.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, Real Decreto 1372/1986. El segundo denuncia infracción de la jurisprudencia recaída sobre dichos preceptos y cita las Sentencias de 11 y 24 de abril de 2000, así como la de 25 de octubre de 1995 y otras anteriores que avalan su postura. Aquellas normas son producto de una dilatada evolución del Derecho que viene a reconocer la convivencia de las costumbres locales con la ordenación positiva de los aprovechamientos de bienes comunales de los Ayuntamientos y Entidades Locales menores, y que admite la prevalencia de la costumbre cuando se recoge en Ordenanzas Locales dictadas *ad hoc* para esos aprovechamientos y aprobadas con la condiciones que imponen las normas que se ocupan de la cuestión. En relación con el valor de la costumbre incorporada a las Ordenanzas locales, en Sentencia de 21 de febrero de 2007, la Sala ya consideró en relación con los bienes comunales y con su aprovechamiento y disfrute que, si fuere impracticable, regirá la costumbre u Ordenanza local, en base a lo dispuesto por el art. 75.2 y 4 del TRRL y artículo 95 del Reglamento de Bienes, es decir que la costumbre está presente en nuestro ordenamiento y en concreto cuando de aprovechamiento de bienes comunales se trata. En cuanto a la Jurisprudencia de esta Sala sobre el valor de la costumbre en esta materia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1989, referida al aprovechamiento comunal de unos montes, afirma que *“no siendo posible la explotación colectiva ante todo habrá que acudir a dicha fuente (costumbre) (...) ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local. Este es el orden que dibuja el texto refundido de 1986 - art. 75.2- y aunque el hoy vigente Reglamento de Bienes en su artículo 95 incluye en primer término las ordenanzas y después las normas consuetudinarias hay que entender como ya se ha dicho que la primacía es la señalada tanto por rango legal del texto refundido como por los antecedentes históricos de la figura que se examina”*. Enlazando esta última cita de los antecedentes históricos con lo acontecido en la regulación tradicional de estos aprovechamientos de bienes co-

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (RJ 2007\2903) considera improcedente la modificación de una Ordenanza local que incorpora a su texto escrito la costumbre inveterada sobre la distribución de los beneficios obtenidos de los aprovechamientos forestales sobre bienes comunales de la localidad<sup>96</sup>.

---

munales, es claro que debe prevalecer la costumbre local contenida en las Ordenanzas, y que esa costumbre puede establecer condiciones de vinculación a la localidad que van más allá del arraigo o de permanencia en la misma. Así resulta ya de la Exposición de Motivos del Real Decreto de 8 de abril de 1930 hasta la publicación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y de su posterior Texto Refundido. En el supuesto concreto que nos ocupa, la Ordenanza fue objeto de una modificación parcial en 1986 si bien mantuvo el requisito de ser natural de la villa para el disfrute de los aprovechamientos. La cuestión se centra pues en resolver si la Ordenanza es o no conforme a Derecho cuando exige para obtener el disfrute de los aprovechamientos que quien se beneficie de ello sea natural de la localidad, requisito que se incorporó a la Ordenanza aprobada en 1972 y que respondía a la costumbre local y que venía a proteger el disfrute de esos bienes a favor del común para evitar los abusos que se denunciaban en la Ley de 23 de diciembre de 1948 y a los que con antelación se había referido el Real Decreto de 8 de abril de 1930. Ese requisito es perfectamente conforme a lo dispuesto en los artículos 75.4 del TRRL y 103.2 del Reglamento de Bienes, que se refieren a “determinadas condiciones de vinculación y arraigo o de permanencia”. Sin duda la vinculación, el arraigo y la permanencia son exigencias perfectamente lícitas y ninguna lo es más en lo referente a la vinculación, que la relativa al nacimiento en el lugar, a la que se yuxtaponen, por lo que se refiere al arraigo o permanencia, la vecindad y la residencia continuada. Por lo expuesto, considera el Alto Tribunal que la Ordenanza es conforme a Derecho cuando exige para el disfrute de los aprovechamientos de los bienes comunales el requisito de ser natural de la localidad. También esa exigencia es conforme con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo invocada por la defensa de la Corporación como la de la Sentencia de 15 de noviembre de 1962, así como las más recientes Sentencias de 11 y 24 de abril de 2000 en las que se ha aceptado la costumbre local incorporada a las Ordenanzas aprobadas cumpliendo los requisitos exigidos por la norma y que permiten la exigencia de esos requisitos de vinculación, arraigo y permanencia, entre los que se encuentra el de ser natural de la localidad que incluye la Ordenanza. Por todo lo dicho, el motivo se estima declarando nula la Sentencia de instancia y sin ningún valor ni efecto en el particular en que afirmó que la Ordenanza no podía incluir esa exigencia para el disfrute del aprovechamiento de los bienes comunales de ser natural de la localidad, que es conforme a Derecho.

<sup>96</sup> Extractando la mentada sentencia de 21 de febrero de 2007 debe señalarse que en ella el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Castilla-León de fecha 10 de junio de 2003 que expuso las cuestiones que la demanda planteaba frente a la Ordenanza recurrida, fundamentalmente que el reparto de lotes no ha respetado la costumbre local, refiriéndose al conflicto que puede surgir entre la regulación contenida en una Ordenanza y la costumbre local y cuál de ellas ha de prevalecer. La motivación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo se fundamenta en la infracción del art. 75.2 del TRRL, por inaplicación o por interpretación errónea, basándose en la prioridad de la costumbre sobre las Ordenanzas que otorga dicho precepto, y, con apoyo asimismo en el número 4 de dicho precepto, se afirma que cualquier Ordenanza local reguladora del aprovechamiento de bienes comunales que no se ajuste a la costumbre local ha de ser declarada ilegal y sosteniéndose además que la costumbre vigente en la localidad, en cuanto al reparto de lotes entre los vecinos con derecho al aprovechamiento en el municipio, se recogió expresa y pacíficamente en la Ordenanza promulgada en 1949, y que esa costumbre no vulnera el Ordenamiento Jurídico y sólo podría modificarse si contraviniera algún derecho fundamental reconocido en la Constitución. Para examinar dicha motivación recuerda el Alto Tribunal los artículos. 132.1 de la Constitución, 5.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, 79.2 y 3 de la LBRL, 2.3 y 1.2 del Reglamento de Bienes de las En-

Supuesto distinto del aprovechamiento de los bienes comunales lo constituye el que contempla la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza (RCL 1970\579) que, en relación a la *propiedad de las piezas de caza* determina en su artículo 22.6 que “*Cuando haya duda respecto a la propiedad de las piezas de caza, se aplicarán los usos y costumbres del lugar. En su defecto, la propiedad corresponderá al cazador que le hubiere dado muerte cuando se trate de caza menor, y al autor de la primera sangre cuando se trate de caza mayor*”, y el Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza de 1970 (RCL 1971\641) que en su artículo 24.6

tidades Locales, 1.1 y 1.3 del Código Civil, que certifican la existencia de la costumbre como fuente en el Derecho Administrativo que se pone de relieve en nuestro régimen local en artículos como el 29 de la Ley de Bases y el 53 del Texto Refundido, y 111 y 143 y 144 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales que, referidos al funcionamiento del Concejo Abierto, disponen que ajusta su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a lo establecido en esta Ley y en las Leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local. Pues bien, eso mismo ocurre en relación con los bienes comunales y la referencia que en relación con su aprovechamiento y disfrute contiene el art. 75.2 del TRRL cuando afirma que si este aprovechamiento y disfrute general simultáneo de bienes comunales fuere impracticable, regirá la costumbre u ordenanza local. La costumbre está presente, pues, en nuestro ordenamiento y, sobre aprovechamientos de bienes comunales, se recoge también el art. 95 del Reglamento de Bienes. Sentado esto, la sentencia del Alto Tribunal señala que, si bien la sociedad española ha sido siempre rural y los bienes comunales eran la garantía de la supervivencia de su población, es cierto que las circunstancias han cambiado, no obstante lo cual, en la villa de Canicosa de la Sierra (Burgos) las circunstancias es posible que no fueran muy distintas en 1998 y en 1949, tratándose de una zona que sigue manteniendo prácticamente las circunstancias socioeconómicas que existían cuando se les otorgó el privilegio de los aprovechamientos comunales por el Rey Carlos IV, de ahí las costumbres seculares en la distribución de los lotes reflejadas en la Ordenanza de 1949, por lo que la Ordenanza de 1998 alteró la costumbre que los habitantes de la villa se habían otorgado en la distribución de los lotes entre los vecinos. Partiendo de ello, se rechaza el argumento que sostiene que, como la costumbre se incluyó en una Ordenanza, puede ser modificada cuando concurren motivos para ello, porque si no se petrificaría el Ordenamiento Jurídico haciéndolo inmutable, situación que no sería conforme con la realidad social del tiempo en que aquellas han de ser aplicadas, de modo que si cambian las circunstancias es perfectamente posible alterarlas para adaptarlas al espíritu y finalidad al que deben servir; y se rechaza esta idea en base a que el que la costumbre adquiera rango de norma escrita no le priva de su condición y por ello no permite su modificación sin más, toda vez que la costumbre sólo se puede modificar cuando mute la “*opinio iuris vel necessitatis*” de la comunidad que la recibió como tal, y atendidas las circunstancias que así lo demuestren. Igualmente se rechaza la segunda de las razones que se ofrecen para justificar la modificación de la Ordenanza cambiando el modo de distribución de los lotes entre los vecinos, cual es la influencia de la Constitución de 1978 en todos los aspectos del Ordenamiento Jurídico y dada la fuerza expansiva del Texto Constitucional, toda vez que, con ser ello cierto, la necesidad de adaptación a la Constitución no puede ser absoluta haciendo tabla rasa de cuanto exista si su pervivencia no contraría cuestiones esenciales contenidas en el Texto Constitucional. La entrada en vigor de la Constitución no puede justificar sin más el cambio de la Ordenanza, salvo que existan razones suficientes para entender que la regulación es manifiestamente contraria a ella al producirse una inconstitucionalidad sobrevenida de la costumbre y sus razones plasmadas en la Ordenanza. En consecuencia entiende el Tribunal Supremo que ninguna razón había en 1998, fecha de la aprobación de la Ordenanza, que aconsejase modificar la misma cambiando el modo de distribución de los aprovechamientos comunales consuetudinaria y tradicionalmente establecido en la localidad, por lo que anula el artículo 3º de la Ordenanza y restablece la costumbre en la distribución de aquellos que aplicaba la Ordenanza de 1949.

dispone asimismo que “*Cuando haya duda respecto a la propiedad de las piezas de caza, se aplicarán los usos y costumbres del lugar. En su defecto, el derecho de propiedad sobre la pieza cobrada corresponderá al cazador que la hubiera dado muerte, cuando se trate de caza menor, y al autor de la primera sangre, cuando se trate de caza mayor. Tratándose de aves en vuelo, la propiedad de las piezas de caza corresponderá al cazador que las hubiere abatido*”. En definitiva, ambas normas remiten los criterios para determinar la propiedad de las piezas de caza primeramente a los usos y costumbres del lugar.

En los distintos supuestos hasta aquí analizados la costumbre no aparece como fuente supletoria, sino que eleva su rango hasta ocupar el que le asigna la norma remitente, que, se ha visto cómo incluso invoca la costumbre como solución previa a la aplicación de la propia norma. Se trata pues de costumbre *extra legem* que opera como fuente en virtud de una expresa remisión a la misma efectuada por la norma escrita.

B) Costumbre *extra legem* que opera como fuente supletoria en ausencia de remisión legal expresa

En lo que respecta a la costumbre *extra legem* que actúa como fuente supletoria de la ley en ausencia de remisión legal expresa, esto es, aquella que nace del uso seguido en las relaciones entre particulares en la conformación del Derecho Administrativo, debe señalarse que su presencia es menor, aunque no inexistente, no obstante lo cual, en un concreto caso de *inscripción de aprovechamiento de aguas* respecto a la que los regantes pretendían contar con un caudal mayor del concedido, se determinó por el Tribunal Supremo que, aunque en el título jurídico no constare el número de litros por segundo aprovechados, se suele autorizar a inscribir por el Ministerio de Obras Públicas como mínimo un litro por hectárea de tierra regable, lo que constituye una práctica administrativa que colma la laguna jurídica que al efecto existe (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1958, RJ 1958\957).

En otro concreto supuesto relativo a la *práctica de los exámenes en la Universidad*, se afirmó por el Tribunal Supremo, en el caso del examen de un alumno, que, ante la inexistencia de una ordenación positiva específica sobre la práctica de los exámenes académicos, había que seguir la costumbre, que es fuente del Derecho, según el artículo 6 del Código Civil, en defecto de ley, extensivo al Derecho especial como es el Derecho Administrativo, siendo lo consuetudinario que sean los catedráticos o profesores especialistas encargados de cátedra los que dirijan e intervengan directamente en los exámenes de las disciplinas académicas que desempeñan (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1963, RJ 1963\1676).

Podría tener encaje asimismo entre estos supuestos el de la existencia de la institución de los *somatenes*<sup>97</sup>. Se trata en origen de una institución catalana de carácter parapolicial, un cuerpo armado de autoprotección civil, separado del ejército, para la propia defensa y la de la tierra. Sus inicios provienen del *sagramental*, cuyos orígenes se encuentran en las recopilaciones efectuadas por las Cortes de Cataluña en 1068 y de un *usatge* denominado *Princeps namque*<sup>98</sup>. Ambos textos legales configuran el carácter a la vez policial, en el ámbito local, y militar, en el general, conferido al somatén. Es pues, una policía privada designada por el pueblo pero con autoridad, siendo sus miembros todos los vecinos en condiciones de prestar tal servicio. Entre sus funciones se encontraban dar la alarma para alertar a los pueblos vecinos<sup>99</sup>, asimismo tenían la obligación de conservar armas en sus casas y de instruirse periódicamente en su manejo. La historia del somatén<sup>100</sup> está plagada de sucesivas presencias y supresiones, adquiriendo en los siglos XVI y XVII un papel fundamentalmente policial, sien-

---

<sup>97</sup> Somatén proviene del catalán “sometent”, -de “so emetent”- que significa “emitiendo sonido”, por los toques de campana que los convocaban.

<sup>98</sup> *Princeps namque* es uno de los *usatges* de Barcelona que regulaba la defensa del príncipe y del Principado de Cataluña, así como la convocatoria a las armas. Incluido en los primeros *usatges* del siglo XI, fue invocado explícitamente hasta el siglo XVI. Derogado tras los Decretos de Nueva Planta, perduró no obstante en la institución del somatén.

<sup>99</sup> Esto se llevaba a cabo mediante hogueras encendidas de cumbre a cumbre, el sonido de un cuerno, un toque de trompeta o repique de campanas. De esta última manera, del repique de campanas (o bien *so emetent*, en catalán) es de donde surge el nombre posterior, que prevalece sobre el de sagramental a partir sobre todo del siglo XVI.

<sup>100</sup> La presencia del somatén en la historia de España puede constatarse a partir del hecho de que la movilización masiva de los ciudadanos se denominaba “somatén general” y alcanzó su auge durante los siglos XII y XIII, siendo frecuente aún en los siglos XIV y XV. Es en los siglos XVI y XVII cuando adquiere un papel fundamentalmente policial -contra bandoleros, hugonotes y piratas- definido por la Constitución de 1561, vigente hasta mediados del siglo XVII. A raíz de la derrota de los partidarios catalanes del archiduque Carlos en la Guerra de Sucesión Española (1714), Felipe V promulga los Decretos de Nueva Planta, uno de cuyos efectos es la supresión del somatén, liderado por el general Moragues durante la guerra. Pese a esta supresión temporal, el somatén fue restablecido en 1794 por el conde de la Unión durante la Guerra del Rosellón (1793-1795), a causa sobre todo de la mala situación del ejército. Fue nuevamente usado durante la Guerra de la Independencia Española (1808-1814), en contra de los franceses en Rosas, Barcelona y Tarragona. En 1855 fue reconstituido por los grandes propietarios rurales, con el nombre de *Sometent Armat de la Muntanya de Catalunya* y adoptó el lema de *Pau, pau i sempre pau* (paz, paz y siempre paz). A partir de entonces, el somatén adquirió un carácter de cuerpo auxiliar del orden público en el ámbito rural, destinado a proteger los dominios de los grandes propietarios. Se abolió nuevamente en la Primera República, pero se restableció poco después para combatir a los carlistas en la Tercera Guerra Carlista. Las Bases de Manresa reservaban al somatén una importante tarea, que no se llegó a llevar a término por no aplicarse. Posteriormente, el somatén actuó en colaboración con las autoridades en varias ocasiones. Así, por ejemplo, colaboraron en la detención del pedagogo Ferrer Guardia (1909), acusado de complicidad en el atentado de Mateo Morral contra Alfonso XIII, y en contra de los huelguistas en Alella, en los años anteriores a la dictadura de Primo de Rivera. El apoyo popular del somatén era escaso, debido a su actividad represiva y de trato favoritista con las clases altas, gestándose to-

do suprimido por los Decretos de Nueva Planta promulgados por Felipe V, siendo nuevamente restablecido en 1794 como consecuencia de la pésima situación del ejército. A partir de 1855 el somatén adquirió un carácter de cuerpo auxiliar del orden público en el ámbito rural, destinado a proteger los dominios de los grandes propietarios. Se abolió nuevamente en la Primera República, pero se restableció poco después para combatir a los carlistas en la Tercera Guerra Carlista. Nuevamente disuelto en 1931 por la Segunda República, se restableció otra vez en 1936 tras la sublevación que originó la Guerra Civil. Acabada ésta, en 1939, se disuelve nuevamente el somatén, aunque no sería por mucho tiempo, ya que en 1945 el gobierno del general Franco lo reorganiza, extendido ya a casi todo el territorio español, bajo el nombre de “Somatén Armado”, con la finalidad principal de colaborar con la Guardia Civil en combatir a los maquis y a las organizaciones obreras clandestinas. Los miembros del somatén, que tenían sus fusiles adjudicados en los puestos de la Guardia Civil y licencia de arma corta, aunque no podían actuar en solitario, sí podían quedar a cargo del cuartel de la Guardia Civil en caso de que fuese necesario que todos los guardias acudieran a una emergencia, y también podían salir de servicio formando pareja con un guardia civil. Su disolución se produce definitivamente en 1978, por Real Decreto 2333/1978, de 25 de agosto, por el que se disuelven los somatenes armados<sup>101</sup>, reconociéndose en su preámbulo su *“larga tradición en la legislación española, como unidades constituidas por ciudadanos civiles que se presentaban desinteresadamente a colaborar en funciones de auxilio a la paz ciudadana y a la custodia de propiedades en el ámbito rural, bajo la dependencia de las fuerzas de orden público”*, justificando su disolución en el hecho de que *“Si bien por la carencia o escasez de efectivos*

---

da un leyenda negra a su alrededor. En 1931 es disuelto de nuevo por la Segunda República, debido a sus tendencias conservadoras, pero se restableció en 1936 tras la sublevación que originó la Guerra Civil. Acabada ésta, en 1939, se disuelve nuevamente el somatén, pero no por mucho tiempo, puesto que en 1945 el gobierno del general Franco lo reorganiza, extendido ya a casi todo el territorio español, bajo el nombre de “Somatén Armado”, con la finalidad principal de colaborar con la Guardia Civil en combatir a los maquis y las organizaciones obreras clandestinas. Los miembros del somatén, que tenían sus fusiles adjudicados en los puestos de la Guardia Civil y licencia de arma corta (muy limitada en España), no podían actuar en solitario, pero podían quedar a cargo del cuartel de la Guardia Civil si era necesario que todos los guardias acudieran a una emergencia, o salir de servicio formando pareja con un guardia civil. Fue disuelto definitivamente en 1978 por Real Decreto 2333/1978, de 25 de agosto, por el que se disuelven los somatenes armados. Aun así perduraron hasta la década de los 80. En la actualidad, el somatén es sólo reconocido en Andorra como institución oficial, aunque sólo entra en servicio durante emergencias nacionales como las inundaciones de 1982 o en actos oficiales como la visita del Presidente de la República Francesa y el Obispo de Urgell en calidad de copríncipes de Andorra, llamándose a leva a todos los andorranos varones mayores de 18 años. No tiene ningún otro uso ni permanencia mayor, ya que la seguridad interior es competencia de la policía andorrana y, en caso de violación o amenaza de la soberanía, independencia o integridad del territorio andorrano, de España y de Francia.

<sup>101</sup> Boletín Oficial del Estado núm. 234, de 30 de septiembre de 1978.

regulares y profesionales, los somatenes pudieron realizar en su momento servicios muy estimable, las circunstancias actuales permiten y hacen necesario que estas tareas sean desempeñadas en exclusiva por los cuerpos de seguridad”, el mentado Real Decreto derogó los Decretos de 21 de enero de 1936 y de 9 de octubre de 1945 sobre Somatenes Armados y estableció que los comandantes de puesto de la Guardia Civil harían entrega a la Jefatura de Armamento de la Dirección General de la Guardia Civil de la totalidad de las armas largas y municiones para uso del somatén de que fueren depositarios, quedando sin valor ni efecto e incurso en caducidad a partir del 1 de enero de 1979 la totalidad de las licencias para uso de arma corta de que fueran titulares los somatenistas en virtud de su condición de tales.

En otro orden de cosas debe apuntarse dentro de este apartado la posibilidad de aplicación de las *costumbres y usos mercantiles*<sup>102</sup> a las Sociedades mercantiles de la Administración Pública en el marco de su consideración como Administración institucional. En la legislación mercantil española los *usos del comercio* constituyen una de las fuentes generales directas del Derecho Mercantil que se admite por el legislador en segundo lugar, en defecto de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y con preferencia sobre el Derecho común. Así lo establece expresamente el artículo 2 del Código de Comercio aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885 (LEG 1885\21) que dispone que “*Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se registrarán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*”, por lo que debe afirmarse la preeminencia de la costumbre mercantil sobre el Derecho común. Sentado esto, la posible extrapolación de los usos comúnmente observados y a los que da vida el comercio, a las Sociedades mercantiles de las Administraciones Públicas debe examinarse desde la perspectiva de que, pa-

---

<sup>102</sup> Se denominan indistintamente usos del comercio, usos mercantiles y práctica comercial, a las normas jurídicas y reglas de interpretación producidas espontáneamente en la vida del comercio mediante la repetición continuada de actos de la misma clase, que sirven para resolver los conflictos jurídicos de carácter mercantil cuando no existe principio legal aplicable y para suplir cláusulas, fijar el sentido de las palabras y conceptos o dar al acto comercial el efecto que naturalmente debe tener. A pesar de la usual asimilación de costumbres y usos mercantiles, ÁLVAREZ DEL MANZANO sostiene la distinción completa entre uso y costumbre mercantil, siendo el primero la causa y el segundo el efecto, concretamente dice “El uso es simple práctica o repetición continuada de actos de una misma clase, y la costumbre es Derecho introducido por esa misma repetición o práctica; el uso no es Derecho, y, por consiguiente, podrá interpretar, pero no derogar el Derecho, y la costumbre es un nuevo Derecho, e interpreta y deroga el Derecho establecido. Queda, pues, el valor jurídico del uso limitado al de una regla de interpretación de importancia inmensa en el comercio” (ÁLVAREZ DEL MANZANO, Faustino, *Curso de Derecho mercantil filosófico, histórico y vigente (español y extranjero)*, tomo I, 2<sup>a</sup> ed., Lib. Victoriano Suárez, Madrid, 1903, pág. 130).

ra el caso del Estado, sólo se les atribuye tal carácter a aquéllas en que la Administración General del Estado o sus Organismos Públicos cuentan con una participación mayoritaria, directa o indirecta de su capital, o cuyo capital sea íntegramente público. La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (RCL 1997\879) establece en su Disposición Adicional Duodécima que: “1. *Las Sociedades Mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.* 2. *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, se registrarán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*<sup>103</sup> *y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación*”. Como estas Sociedades operan en el mercado en un plano de igualdad de condiciones con respecto a las demás sociedades mercantiles privadas, estas entidades se van a regir íntegramente por el Derecho Mercantil, a excepción de lo relativo a las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación, podrían aplicársele en la misma medida que a éstas las costumbres o usos mercantiles observados generalmente, lo cual también procedería aún en el caso de que se trate de Sociedades mercantiles bajo la forma de Sociedad Anónima, cuyo capital pertenezca íntegramente a la Administración General del Estado o sus Organismos públicos, entre los que se ubican los entes de gestión con forma organizatoria de Sociedad mercantil, cuyo régimen se acerca al de las Entidades públicas empresariales<sup>104</sup>, y se rigen por el Título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, con las mismas salvedades antes expuestas, esto es, en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación. En el ámbito local, tal y como dispone el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Ré-

<sup>103</sup> Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (RCL 2003\2594).

<sup>104</sup> Según el artículo 53 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado: “1. *Las entidades públicas empresariales son 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.* 2. *Las entidades públicas empresariales 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 las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria*”.

gimen Local, “1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo. 2. La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma. 3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas”, por lo que puede llegarse a idénticas conclusiones respecto a los usos mercantiles.

Asimismo es práctica inmemorial en muchos municipios que *los comerciantes concurren en un determinado día a expender sus mercancías*, habiendo regido, para el debido orden de las transacciones, alineación de puestos, etc., inveteradas costumbres que han sido conservadas con escrupulosidad por las autoridades municipales<sup>105</sup>.

Finalmente puede referirse en este apartado otro modelo bien diferente de costumbre que se desarrollaba en el ámbito local, cual era el del *alumbrado de las imágenes*, que sirvió de base para lo que posteriormente se convertiría en el alumbrado público municipal de las localidades<sup>106</sup>.

En definitiva, existen prácticas locales de uso constante que, no hallándose en contraposición con el Derecho escrito, pueden llegar a tener fuerza de ley, constituyendo, por decirlo así, Derecho consuetudinario local<sup>107 108</sup>.

### C) Supuestos de costumbre contra legem: su carencia de validez

Expuesto ya que la costumbre *contra legem* no tiene viabilidad en Derecho Administrativo, e independientemente de lo expresado supra, queda no obs-

---

<sup>105</sup> Enciclopedia Jurídica Española, Seix, *op. cit.*, Tomo Noveno, págs. 817 y 818.

<sup>106</sup> Enciclopedia Jurídica Española, Seix, Barcelona, 1910, Tomo Noveno, pág. 817.

<sup>107</sup> Según se establece en la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1806 las costumbres de los pueblos deberán respetarse y guardarse sin entorpecimiento, tanto es así que el artículo 585 del Código Penal de 1870 (Gaceta de Madrid núm. 158, de 31 de agosto de 1870) reservaba su párrafo segundo a tal prescripción, castigando las infracciones relativas a las mismas.

<sup>108</sup> Independientemente de estas costumbres enraizadas en el ámbito local no puede dejar de hacerse referencia a ciertas prácticas que antaño se realizaban con frecuencia en actuaciones con la Administración como el hecho de comunicarse por carta, equivaliendo ello a una solicitud, siendo también usuales las decisiones verbales y autorizaciones de palabra en municipios pequeños, así como la celebración de improvisados referendums a los vecinos.

tante hacer referencia a la posibilidad de su existencia a pesar de su carencia de valor, toda vez que existe constancia de concretos supuestos como los que a continuación se expresan. Aunque mayormente relacionado con el ordenamiento jurídico tributario, el primero de ellos se refiere al *uso del papel sellado en el Valle de Arán*, estando en su momento expresamente declarada por la Administración la improcedencia de esta costumbre *contra legem*, concretamente se dispone que “*esta Dirección General, con fecha 23 de enero último, y, de conformidad con lo informado por la de lo Contencioso del Estado, ha acordado declarar que el privilegio de que disfrutaba el Valle de Arán, otorgado por don Juan I de Aragón en 1387, está derogado expresamente por la RO de 27 de julio de 1898 e implícitamente, por la Ley del Timbre, que establece excepciones a favor de las provincias Vascongadas y Navarra, y nada dice del Valle de Arán; que el hecho de que en éste no se satisfaga el impuesto no tiene fuerza legal en contra de las disposiciones citadas, toda vez que según el artículo 5º del Código Civil de aplicación en todo el territorio nacional, según el párrafo 1 del artículo 12, las leyes sólo se derogan por otras posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso ni la costumbre o la práctica en contrario; y que, en consecuencia, la legislación vigente respecto al impuesto del timbre, es aplicable al Valle de Arán, sin que el uso de papel sellado en dicha comarca tenga validez en contra de los preceptos legales aplicables al caso*”<sup>109</sup>.

El segundo de los supuestos es el que aborda la cuestión de la *importación de embarcaciones deportivas* en las Islas Canarias, respecto a la que no se permite la invocación de la costumbre contraria a la ley. Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1979<sup>110</sup>, “*Que cuando la Ley habla de «régimen actualmente vigente», ha de entenderse como tal el «régimen legal» puesto que nos hallamos ante una exención fiscal, y por lo tanto y como antes se ha razonado, tenía que ser concedida por Ley y contra ella no podía prevalecer la costumbre o la práctica en contrario*”<sup>111 112</sup>. Aun cuando este rechazo de la costumbre *contra legem* se produce en el ámbito de la procedencia de una exención tributaria, valga su exposición a los efectos ejemplificativos que aquí interesan en pro de la carencia de validez de este tipo de costumbre asimismo en el Derecho Administrativo.

<sup>109</sup> A este respecto, *vid.*, DANÉS I TORRAS, Daniel, *El valle de Arán y el papel sellado. Contribución al estudio y defensa de una exención tributaria*, Barcelona, 1959, y GARCÍA DE TOLEDO, “Posibilidad de considerar la pervivencia de la exención, concedida por el Privilegio de la Querimonia, en relación con el vigente Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados”, *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, 1978, pág. 531 y sigs.

<sup>110</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ 1979\1926).

<sup>111</sup> Considerando Sexto.

<sup>112</sup> En el mismo sentido, *vid.*, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1981 (RJ 1981\1436) y de 29 de mayo de 1982 (RJ 1982\2821).

### III. CONCLUSIONES

Permitiendo pues la perspectiva estatutaria entender la importancia de la costumbre como fuente del Derecho Administrativo, toda vez que permite la superación del enfoque del Estado como simple aparato organizado para el ejercicio del poder y, como tal, único protagonista de la producción del Derecho, la presencia de la colectividad social en el sistema de producción de fuentes es innegable. Partiendo de ello, y aún a pesar de su limitada presencia en Derecho Administrativo, la costumbre únicamente admisible en nuestro Derecho va a ser la *extra legem* o *praeter legem*, esto es, aquella que va a operar como fuente en virtud de remisión expresa por ley escrita y la que va a operar como fuente supletoria en ausencia de remisión legal expresa. Entre los supuestos de la primera de ambas modalidades pueden aislarse y distinguirse las auténticas normas consuetudinarias en Derecho Administrativo y que surgen verdaderamente cuando el legislador se remite directamente a ellas considerándolas pura y simplemente como costumbre. Así puede encontrarse en la legislación administrativa de sectores concretos una expresa referencia a la costumbre, inclusive previa y prioritaria a la aplicación de la ley. En los distintos supuestos aquí analizados la costumbre no aparece como fuente supletoria, sino que eleva su rango hasta ocupar el que le asigna la norma remitente, que, se ha visto cómo incluso invoca la costumbre como solución previa a la aplicación de la propia norma. Se trata pues de costumbre *extra legem* que opera como fuente en virtud de una expresa remisión a la misma efectuada por la norma escrita. Mientras que entre los supuestos de la segunda modalidad referida en la que la costumbre actúa como fuente supletoria de la ley en ausencia de remisión legal expresa, esto es, aquélla que nace del uso seguido en las relaciones entre particulares en la conformación del Derecho Administrativo, debe señalarse que su presencia es o ha sido menor; aunque no inexistente. En definitiva, debe reconocerse la existencia de la costumbre -mayormente local- que pervive y convive con la ordenación positiva como exponente de la conciencia jurídica del pueblo y que como tal tiene contrastada presencia en distintos sectores e instituciones del Derecho Administrativo.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DEL MANZANO, Faustino, *Curso de Derecho mercantil filosófico, histórico y vigente (español y extranjero)*, tomo I, 2ª ed., Lib. Victoriano Suárez, Madrid, 1903.
- BASSOLS COMA, Martín, “Reflexiones sobre el nuevo título preliminar del Código Civil; planteamientos jurídico-administrativos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 11, 1976.
- BIELSA, Rafael, *Legislación administrativa argentina*, tomo I, Buenos Aires, 1938.
- BOBBIO, Norberto, *La consuetudine como fatto normativo*, Padova, 1940.
- BORRULL Y VILANOVA, Francisco Xavier, *Discurso sobre la distribución de las aguas del Turia y deber conservarse el Tribunal de los acequeros de Valencia*, Imprenta de D. Benito Monfort, Valencia, 1928.
- CARRETERO Y JIMÉNEZ, Anselmo, “Comunidad de villa y tierra, núcleo básico de la federación medieval castellana”, *La personalidad histórica de Castilla en el conjunto de los pueblos hispánicos*, Hyspamérica de Ediciones, San Sebastián, 1977.
- CASTÁN, José, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo I. Introducción y parte general, Vol. I. Ideas generales. Teoría de la norma jurídica, Madrid, 1951.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel, “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 7, enero-abril 1952.
- COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo español*, tomo I, Imp. de Hilario Martínez, Madrid, 1850.
- DANÉS I TORRAS, Daniel, *El valle de Arán y el papel sellado. Contribución al estudio y defensa de una exención tributaria*, Barcelona, 1959.
- DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, Parte general, I, Madrid, 1955.
- ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho Civil*, Parte general, tomo I, Barcelona, 1934.
- FERRARI, Giuseppe, *Introduzione allo Studio sul Diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950.
- FORTI, U., *Diritto Administrativo*, vol. I, Napoli, 1931.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 15ª ed., Civitas, Madrid, 2011.
- GARCÍA DE TOLEDO, “Posibilidad de considerar la pervivencia de la exención, concedida por el Privilegio de la Querimonia, en relación con el vigente Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados”, *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, 1978.
- GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1953.

- GARRIDO FALLA, Fernando, “Las fuentes no escritas del Derecho en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 97, enero-febrero 1958.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1980.
- GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1941.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Lezioni di Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950.
- GINER BOIRA, Vicente, *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*, Ed. Giner Boira, Valencia, 1953.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “El método en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 22, enero-abril 1957.
- GUILLÉN RODRÍGUEZ DE CEPEDA, Antonio, *El Tribunal de las Aguas de Valencia. Los modernos Jurados de riego: tesis doctoral*, Est. Tipográfico Doménech, Valencia, 1920.
- LAMBERT, Edouard, *La fonction du Droit civil comparé*, tomo I, V. Girad y E. Brière, París, 1903.
- LONGO, A., *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico*, Palermo, 1892.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones. Dos estudios*, 1<sup>a</sup> ed., Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1960.
- MAYER, Otto, *Droit Administratif Allemand*, vol. I, París, 1903.
- MIELE, G., *Principi di Diritto amministrativo*, tomo I, Padova, 1953.
- MIELE, G., “Profilo della consuetudine nel sistema delle fonti del diritto interno”, *Stato e Diritto*, 1943.
- MORELL OCAÑA, Luis, “La costumbre y los principios jurídicos generales en el Derecho Administrativo”, *Documentación Administrativa*, núm. 195, julio-septiembre 1982.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, *Bienes comunales*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- ORTIZ DÍAZ, José, “El precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 24, septiembre-diciembre 1957.
- POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1923.
- PRESSUTTI, Enrico, *Istituzioni di Diritto amministrativo italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1930.
- RANELLETTI, Oreste, “La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno”, *Revista di Diritto Pubblico*, Milano, 1913.
- REGLADE, M., *La coutume en droit public interne*, Burdeos, 1919.
- ROYO VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, 24<sup>a</sup> ed., Valladolid, 1955.

- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989.
- TESAURO, A., “Consuetudine”, *Rassegna di Diritto Pubblico*, abril-junio 1955.
- VALLS TABERNER, Fernando, *El Tribunal de Lligalló de Morella*, Imp. V. Carceller, Morella, 1926.
- WALINE, Marcel, *L'individualisme et le Droit*, Ed. Domat-Montchrestien, 1949.
- WERNER, Alain, “Le précédent administratif, source de légalité”, *AJDA*, núm. 7-8, 1987.
- ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1947.



# La asistencia jurídica en el procedimiento administrativo

*José Vicente Lorenzo Jiménez*

Profesor Asociado de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES. 1. Aspectos generales. 2. El art. 17.3 de la Constitución. 3. El art. 24.2 de la Constitución. 4. El art. 119 de la Constitución. 5. La no previsión constitucional en la vía administrativa. 6. Las previsiones de los textos internacionales. II. LA REGLA GENERAL: LA PREVISIÓN GENERAL DE ASESORAMIENTO. 1. Las previsiones generales sobre asesoramiento y asistencia en el procedimiento administrativo. 2. El asesoramiento en el procedimiento administrativo sancionador. 3. Naturaleza jurídica de la asistencia jurídica. 4. La lesión del derecho a la asistencia jurídica. 5. ¿Está reservada la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo a los abogados? 6. ¿Debe contemplarse expresamente la intervención de abogado en el procedimiento administrativo? III. LA PREVISIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE ASESOR EN NORMAS ESPECÍFICAS. 1. Las previsiones en la legislación penitenciaria. 2. El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. El régimen disciplinario de la Guardia Civil. 4. El régimen disciplinario de la policía nacional. 5. Las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 6. La legislación reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. IV. LA PREVISIÓN EXPRESA DE LA INTERVENCIÓN DE LETRADO CON EL ACENTO EN LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. 1. La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. 2. La legislación de extranjería. 3. La Ley de Violencia de Género. V. LA NO PREVISIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LETRADO EN LOS SUPUESTOS DE DETENCIÓN POR INFRACCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA.

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo. Se analiza en primer lugar si es posible hablar de un derecho constitucional a la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo, y su relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita. A continuación se examina la regulación de la asistencia jurídica en la Ley 30/1992, contemplada con carácter general como el derecho a contar con asesor, analizándose la jurisprudencia sobre la materia. Posteriormente se examina la regulación de la materia por normas específicas, en las que se contempla expresamente la intervención de determinadas personas para facilitar el derecho a la defensa. Asimismo se analizan las normas que dan un paso más y contemplan un derecho a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo.

Palabras clave: Defensa y asistencia jurídica, procedimiento administrativo, abogado, asesor.

## ABSTRACT

The present paper has for object to study legal assistance in the administrative procedure. It examines if legal advice in administrative proceedings is a constitutional right, and their relationship with the right to legal aid. It below examines legal assistance in Law 30/1992, which regulates in general the right to consultant, analyzing case law on the matter. Subsequently it examines specific rules, which expressly provides for the involvement of certain individuals to facilitate the right to defense. It also studies the rules that include a right to free assistance in administrative procedures.

Key words: Defence and assistance of a lawyer, administrative procedure, lawyer, consultant.

## I. LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES<sup>1</sup>

### 1. Aspectos generales

La Constitución (en adelante, CE) no dedica ningún precepto a la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo. El art. 105.c) se limita a decir, con carácter genérico, que la ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia

---

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido redactado en homenaje al Profesor D. Alfonso Pérez Moreno, Maestro del Derecho Administrativo y Maestro en el más amplio sentido de la palabra.

del interesado. Hay, pues, una remisión genérica a la ley, que, en principio, es la que debe concretar, en su caso, la existencia y el ámbito de la asistencia jurídica.

## 2. El art. 17.3 de la Constitución

El art. 17.3 CE dice que toda persona detenida deberá ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar, añadiendo que se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca.

El precepto contempla, pues, la posibilidad de una detención, que puede dar lugar a diligencias policiales o judiciales, lo que permite entender que la detención puede tener un carácter administrativo o un carácter judicial. En ambos casos se prevé la asistencia de abogado al detenido.

No obstante, en la jurisprudencia constitucional, como más adelante veremos, se ha planteado la cuestión del concepto de detención; así como la de si es aplicable el art. 17 a las detenciones no procesales.

## 3. El art. 24.2 de la Constitución

El art. 24.2 CE contiene una serie de derechos fundamentales de carácter garantizador. En principio, todos ellos están referidos al proceso judicial, no al procedimiento administrativo. Entre estos derechos se encuentra el derecho a la defensa y a la asistencia letrada<sup>2</sup>. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, tales derechos se refieren *fundamentalmente* a los procesos penales. Así, según la sentencia de este Tribunal (en adelante, STC) 42/82, en principio el derecho a la asistencia de letrado, al igual que los contemplados en el art. 24.2 CE, se refiere *fundamentalmente* al proceso penal.

No obstante, también ha entendido que este derecho es aplicable al resto de los procesos judiciales, aunque con matices. La STC 47/87 dice que el art. 24.2 tiene una proyección especial hacia el proceso penal, pero es también de aplicación a los demás procesos, añadiendo que la finalidad de la asistencia jurídica es la de asegurar la igualdad de las partes y de contradicción, evitando situaciones de indefensión<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Puede verse un resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la asistencia letrada en GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, Madrid 2009, pág. 246 ss.

<sup>3</sup> En igual sentido otras muchas sentencias. Vid, por ejemplo, STC 174/09.

En consecuencia, el derecho a la asistencia jurídica no se extiende a los procedimientos administrativos. Sólo excepcionalmente el Tribunal Constitucional lo ha extendido a determinados procedimientos administrativos sancionadores (principalmente, procedimientos disciplinarios en centros penitenciarios). En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sido, con carácter general, muy restrictivo, de manera que las garantías del 24 CE solo se aplican a los procedimientos administrativos en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 CE (STC 18/81).

No obstante, ante determinados supuestos el Tribunal Constitucional ha matizado estas ideas. Así, ha dicho que, aunque el art. 24.2 contempla de forma directa e inmediata el derecho a la tutela judicial efectiva y a determinadas garantías de tipo procesal con especial referencia al orden penal, sin embargo los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del poder punitivo del Estado (vid. STC 18/81, 58/89, 212/90). En igual sentido, cuando la Administración actúa en uso de su potestad sancionadora, debe respetarse el derecho de defensa del art. 24 y con más motivo cuando se trata de sanciones que implican, como en el caso del procedimiento penitenciario disciplinario, una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena (STC 74/85, 192/87).

Baste por ahora con esta doctrina constitucional, sin perjuicio de que más adelante nos extendamos sobre la cuestión al analizar determinadas clases de procedimientos administrativos.

#### **4. El art. 119 de la Constitución**

El art. 119 de la Constitución dice que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

Puede observarse que el precepto no se refiere directamente a la asistencia jurídica, pero es indudable que, tal como está planteado el proceso, en el que, como regla general es necesaria la intervención de abogado y, en su caso, de procurador, uno de los elementos fundamentales para la justicia gratuita es la asistencia jurídica gratuita, ya que, en caso contrario, la falta de medios económicos impediría la intervención en el proceso judicial.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita presenta una relación instrumen-

tal con el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 95/2003, 117/98, 183/2001). Su finalidad es que nadie quede procesalmente indefenso por carecer de recursos para litigar (STC 16/94). Pero también es instrumento y concreción del derecho a la asistencia letrada (STC 9/2008).

De acuerdo con una interpretación gramatical de la norma constitucional, la gratuidad se refiere a la *justicia*, a los efectos de *litigar*, es decir, se refiere a actuaciones realizadas ante los órganos integrantes del Poder Judicial. Una interpretación sistemática de la norma así lo confirma, al estar incluida en el Título VI, que regula el Poder Judicial.

La STC 16/94 razona que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitar al legislador, atendiendo a los intereses públicos y privados y a las concretas disponibilidades presupuestarias. Sin embargo, debe respetar un contenido constitucional indisponible, por ser concreción y garantía de otros derechos fundamentales, algunos de contenido no prestacional. En igual sentido se pronuncia la STC 97/2001.

La STC 111/95 (que se remite a la 217/94) es aún más rigurosa. El derecho a abogado y procurador de oficio solo despliega su plena eficacia en relación con el imputado en un proceso penal, siendo en los demás casos un derecho relativo sometido a diversos condicionantes procesales y materiales. Así ocurre, según la citada sentencia, cuando el órgano judicial excluye *ab initio* el carácter delictivo de un hecho, pues en tal caso tales nombramientos podrían resultar no sólo innecesarios, sino incluso inconvenientes por razones de economía procesal.

Partiendo de este presupuesto, el Tribunal Constitucional ha afirmado que no cabe invocar un derecho a la asistencia jurídica gratuita en la vía administrativa.

Así, la STC 83/97 dice que el contenido del derecho fundamental a la asistencia letrada no implica el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita durante el procedimiento administrativo (por todas, STC 74/1985, 2/1987, 229/1993), lo que no contradice el art. 24.2 de la Constitución, pues, como resulta del art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), tal derecho a la gratuidad de la asistencia letrada sólo existe en los procesos judiciales y, además, no en todos, sino sólo cuando el derecho de defensa y los intereses de la justicia lo requieran<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> La STC 42/08 afirma que el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario no se trata de un derecho a la asistencia letrada, entendida como un derecho pleno a la asisten-

De todo ello cabe concluir que para el Tribunal Constitucional la Constitución no contempla un derecho a la asistencia jurídica gratuita fuera del ámbito de lo jurisdiccional. Lo que significa que, en caso de que el legislador regule un derecho a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo, no se trata de un derecho de un derecho fundamental.

### 5. La no previsión constitucional en la vía administrativa

Por tanto, la Constitución no contempla directamente el derecho a una serie de garantías procedimentales en el procedimiento administrativo, y en particular el derecho a la defensa y a la asistencia jurídica gratuita.

### 6. Las previsiones de los textos internacionales

Los textos internacionales sólo contemplan el derecho a la asistencia jurídica cuando se trata de un procedimiento penal. Así el art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que, durante el proceso, toda persona *acusada de un delito* tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) ... a ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”

Por su parte, el art. 6.3.c) CEDH dice que *todo acusado* tiene como mínimo los siguientes derechos: a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección; y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”.

Como puede observarse, el CEDH solo reconoce un derecho a la asistencia jurídica en los procesos penales, y exclusivamente a los acusados. Ello ya de por sí excluye los demás tipos de procesos. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha extendido el ámbito de aplicación del art. 6 a determinados procedimientos administrativos sancionadores<sup>5</sup>. Ello podría dar pie

---

cia de Letrado, incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de medios económicos suficientes para ello, ya que tal derecho, como resulta del art. 6.3 CEDH, sólo existe en los procesos judiciales y además no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran (STC 2/1987, 128/1996, 229/1993, 83/1997, 104/2003), añadiendo que este derecho en los procedimientos de imposición de sanciones a los internos, tanto en su fase ante la Administración penitenciaria como ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no implica la designación de abogado del turno de oficio.

<sup>5</sup> MORENO TRAPIELLA, P., *El control judicial de las sanciones administrativas en el convenio europeo de derechos humanos*, Documentación Administrativa, 280-281, 2008, pág. 323 ss.

para entender que el derecho a la asistencia jurídica –incluso gratuita– se extiende a este tipo de procedimientos. En este punto, los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar la expresión *cuando los intereses de la justicia lo exijan* son la gravedad del delito y la severidad de la sanción a imponer, así como la complejidad del asunto, añadiendo que “cuando está en juego una privación de libertad, los intereses de la justicia imponen, por principio, la asistencia de un abogado”<sup>6</sup>.

## II. LA REGLA GENERAL: LA PREVISIÓN GENERAL DE ASESORAMIENTO

### 1. Las previsiones generales sobre asesoramiento y asistencia en el procedimiento administrativo

A) Es absolutamente excepcional el que en un procedimiento administrativo sea exigible la intervención de Letrado<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Caso Mato Jara contra España, decisión de 27-04-2004, Ar. 2004/164183. En este caso considera que el arresto de fin de semana constituye una pena privativa de libertad. La cuestión puede ser importante en determinados procedimientos sancionadores.

<sup>7</sup> Un ejemplo de ello –que ya no está vigente, al haber sido derogado por la Ley 25/95 de 20 de julio– es el de las reclamaciones económico administrativas reguladas por el Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre. Según su art. 13, cuando el interesado en la reclamación económico administrativa no actúe por sí o por medio de su representante legal y el mandato no sea el propio de los administradores, gerentes o directores de sociedades, deberá asumir la dirección técnico jurídica del asunto un abogado en ejercicio en el lugar donde tenga su sede el Tribunal Económico Administrativo respectivo; será necesaria igualmente la intervención de abogado cuando se solicite vista pública, en los recursos extraordinarios de revisión y en los ordinarios de alzada, siempre que en estos últimos el acto administrativo impugnado derive directamente de un expediente calificado como defraudación o exceda de la cuantía que reglamentariamente se determine. Este precepto fue desarrollado por el art. 38 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico administrativas (Real Decreto 1999/81 de 20 de agosto). Posteriormente el art. 97.5 del nuevo Reglamento (Real Decreto 391/96 de 1 de marzo) limitó la exigencia de abogado a los casos de celebración de vista pública, cuya solicitud debía ser firmada por letrado. Todos estos preceptos han sido derogados por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley General Tributaria en materia de revisión en vía administrativa. Aquellos preceptos han sido duramente criticados por GONZÁLEZ NAVARRO, que los considera una manifestación de corporativismo en su más rechazable y negativa versión, ansia de justificar una intervención que en ningún caso va a ser gratuita (*Derecho Administrativo español*, tomo III, EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 642). Por lo demás, suponen una indudable excepción a los principios de informalidad y gratuidad que rigen el procedimiento administrativo, posiblemente motivado por una intención de judicializar este procedimiento, a semejanza del contencioso administrativo. Por su parte, el art. 14.2.e) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, al regular el recurso de reposición contra actos relativos a ingresos de Derecho público de las entidades locales, rechaza expresamente que sea preceptiva la intervención de abogado o procurador.

En tal caso la intervención del letrado no constituiría un derecho, sino una carga, ya que supondría la necesidad de actuar de una determinada manera para obtener un beneficio.

B) En nuestra legislación no se contempla específicamente un derecho a la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo. En concreto, nada dice el art. 35 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJ). Es más, este precepto parte de la base de que los interesados tienen derecho a ser asesorados por la propia Administración. En este sentido, las autoridades y funcionarios habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones (art. 35.i) Asimismo, los ciudadanos tienen derecho, en sus relaciones con las Administraciones públicas, a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar (art. 35.g). Desde otro punto de vista, el art. 71.3 incluso prevé que, en los procedimientos iniciados a instancia de los interesados, el órgano competente pueda recabar del solicitante la modificación o mejora voluntaria de los términos de aquella<sup>8</sup>.

No obstante, la Ley 30/1992 recoge una serie de preceptos que permiten la intervención, con carácter general, de terceros que actúen como asesores, entre los que indudablemente cabe incluir los técnicos o asesores en Derecho.

C) Así, el art. 85.2 LRJ contempla la figura del asesor, lo que supone una importante novedad con respecto a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958: los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses<sup>9</sup>. Para GONZÁLEZ NAVARRO el asesor es un técnico, no necesariamente titulado, que acompaña al interesado y que para el caso podrá actuar –aun sin ser representante procesal– como un alter ego del interesado que lo presenta. Asesor –añade– puede serlo cualquiera, con título o sin él, y nada impone que tenga una determinada profesión (por ejemplo, abogado, graduado social o gestor administrativo)<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> En el ámbito tributario se recogen similares previsiones: constituyen derechos de los obligados tributarios el de ser informados y asistidos por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias (art. 34.1.a de la Ley General Tributaria), derecho que luego se concreta en los art. 85 y siguientes; y el de ser informados, al inicio de las actuaciones de comprobación e inspección, sobre la naturaleza y alcance de las mismas, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones (art.34.1.ñ).

<sup>9</sup> La Ley 30/1992 hace otra mención a los asesores al regular los motivos de abstención de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones (art. 28.2.b LRJ).

<sup>10</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.*, pág. 647–648, que añade que durante el desarrollo de la ac-

Es de alabar que el precepto contemple expresamente y con carácter general la cuestión, ya que ello hace innecesarias las previsiones específicas para determinadas clases de procedimientos, con el consiguiente peligro de creación de regímenes jurídicos cuyas diferencias en muchas ocasiones carecen de justificación, como veremos más adelante.

Asimismo es de alabar la amplitud de contenido del precepto, que confirma el principio antiformalista que rige en la materia. Ni siquiera es necesario que se trate de un técnico.

Con aplicación a la asistencia jurídica cabe, pues, tanto la autodefensa como la defensa técnica. Lo que ocurre es que normalmente esta última no se refleja en el propio procedimiento, ya que, cuando se trata de alguna actuación escrita, el escrito en cuestión lo redacta el asesor y el interesado simplemente lo firma.

D) Asimismo, conforme al art. 32.2, cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones públicas. La actividad de representación no está reservada, pues, a ningún grupo profesional específico. La Orden de 30-04-66 trató de poner limitaciones, pero el Tribunal Supremo las consideró ilegales, rechazando que la presentación de solicitudes ante la Administración estuviera reservada a los gestores administrativos<sup>11</sup>. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO aluden a la STS 17-10-83, añadiendo que no puede negarse la posibilidad de ser representante habilitado a otros profesionales (aparte de gestores administrativos, abogados, procuradores y graduados sociales), como son los profesores mercantiles en los procedimientos tributarios, los arquitectos en los urbanísticos y los agentes de la propiedad industrial ante el Registro de la Propiedad Industrial<sup>12</sup>. En consecuencia, el interesado puede otorgar la representación a quien le asesore o le preste asistencia jurídica.

---

tuación de que se trate (práctica de una prueba, examen del expediente, etc.) el asesor podrá comunicarse con el interesado que le ha presentado como tal, y ello con absoluta libertad, de forma pública o con la reserva que uno y otros consideren necesaria; y asimismo podrá examinar el expediente administrativo si es éste el motivo de la presencia del interesado en la oficina administrativa y solicitar las aclaraciones o explicaciones necesarias. En igual sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, 2007, tomo II, pág. 2205.

<sup>11</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 29-01-92, referencia Aranzadi (en adelante, Ar.); 27-05-92, Ar. 3736, 19-01-96, Ar.435.

<sup>12</sup> *Comentarios, cit.*, tomo I, pág. 956.

Cabe observar que determinadas normas canalizan a través de la institución de la representación actividades que indudablemente presuponen una actividad de asesoramiento. Piénsese, por ejemplo, en la remisión electrónica de datos (sistema RED) en determinadas actuaciones en el ámbito de la Seguridad Social<sup>13</sup>.

E) Por otra parte, el art. 81 LRJ, al tratar de la práctica de la prueba, dice que en la notificación del inicio de las actuaciones para la realización de las pruebas, se hará constar “la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan”. Este precepto ya aparecía en el art. 89.2 de la Ley de Procedimiento de 1958. Aunque la Ley parece estar pensando en lo que genéricamente las normas procesales llaman peritos, no cabe duda que también incluye a los técnicos en Derecho, es decir, a los asesores jurídicos. Piénsese, por ejemplo, en el interrogatorio del interesado en un procedimiento disciplinario.

## **2. El asesoramiento en el procedimiento administrativo sancionador**

En el ámbito del procedimiento sancionador no existe ninguna especialidad en lo referente al asesoramiento<sup>14</sup>. Por tanto, no se recoge un supuesto derecho específico y peculiar a la asistencia jurídica entre los principios del procedimiento sancionador (art. 135 LRJ). Y es que el reconocimiento específico resulta innecesario, a la vista de las previsiones generales del art. 85.2 LRJ para todos los procedimientos administrativos.

## **3. Naturaleza jurídica de la asistencia jurídica**

De las normas antes citadas cabe deducir que la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo —y, más en general, el asesoramiento— no constituye una carga, en el sentido de que deba designarse letrado para obtener un determinado beneficio, ya que para la intervención en el procedimiento administrativo no se exige ningún requisito de postulación. Tampoco se trata de un derecho subjetivo de naturaleza prestacional que imponga a la Administración un deber positivo, como el de la designación de abogado por ser preceptiva su intervención, o el carácter gratuito de la asistencia.

---

<sup>13</sup> Orden de 3-04-1995. Se contempla expresamente la posibilidad de intervención, con carácter general, de profesionales colegiados, sin aludir a una profesión específica, canalizándola a través de la representación.

<sup>14</sup> Sobre el derecho a la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo sancionador, vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, A.: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 245 ss.

Por el contrario, se trata de un derecho subjetivo frente al cual la Administración tiene una mera obligación de abstención y respeto, en definitiva, de no hacer o soportar.

Tratándose de un derecho subjetivo, ¿cabe calificarlo como derecho fundamental? Algunos autores entienden que sí, cuando se trata de un procedimiento administrativo sancionador<sup>15</sup>.

Sin embargo, no cabe hablar de un derecho fundamental a la asistencia jurídica, ni siquiera en el ámbito sancionador, salvo supuestos muy específicos, que luego veremos<sup>16</sup>. Por tanto, su posible lesión constituiría una infracción de la legislación ordinaria, y no la violación de un derecho constitucional susceptible de amparo (art. 53.2 de la Constitución).

#### 4. La lesión del derecho a la asistencia jurídica

En cualquier caso, la eventual lesión del derecho a asesoramiento y a la asistencia jurídica constituye un vicio. La Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común no dice nada sobre esto con carácter general, ni en el ámbito sancionador ni en el ordinario.

Por tanto, la infracción del derecho a la asistencia jurídica en cualquiera de sus formas en el procedimiento administrativo se rige por las reglas generales. En consecuencia, es muy difícil que dé lugar a un vicio de nulidad de pleno derecho, ya que no encaja en ninguno de los supuestos del art. 62 LRJ. Y sólo constituirá un vicio de anulabilidad cuando se haya producido indefensión material, constituyendo en los demás supuestos una irregularidad no invalidante (art. 63). En particular, no cabe invocar indefensión por falta de asistencia técnica o por el hecho de que la Administración no haya notificado al interesado la posibilidad de designación de defensor técnico<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Según TRAYTER, se causa indefensión y se vulnera el art. 24 CE cuando se impida al expedientado la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente (TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *El procedimiento administrativo sancionador*, en *Justicia Administrativa, Revista de Derecho Administrativo*, número extraordinario, 2001, pág. 85).

<sup>16</sup> GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO dice que “no es de aplicación a las sanciones administrativas el derecho a la asistencia letrada, limitado a los procesos penales por delito” (*Sanciones administrativas*, Ed. Comares, Granada, 2008, pág. 162). Sin embargo, una cosa es que no constituya un derecho fundamental y otra que no constituya un derecho, que sí lo es, porque está recogido con carácter general por la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

<sup>17</sup> Puede causar indefensión, por ejemplo, la prohibición expresa por la Administración a la intervención

Desde otro punto de vista, la intervención de letrado en la vía administrativa no puede servir para que la Administración se excuse de sus errores. Ante una interposición extemporánea de un recurso como consecuencia de un erróneo pie de recurso, el Tribunal Constitucional ha rechazado la alegación de la Administración según la cual el interesado contaba con asistencia letrada, ya que la protección de los administrados frente a las irregularidades administrativas no puede hacerse depender de la presencia o no de Letrado, ni puede hacerse de peor condición a aquellos asistidos por dirección técnica letrada (STC 193/1992, 194/1992 y 214/02).

### **5. ¿Está reservada la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo a los abogados?**

En principio el abogado es el profesional más adecuado para la asistencia jurídica en el procedimiento administrativo. Pero nada impide que el asesoramiento jurídico en el procedimiento administrativo pueda realizarse por otras personas. Piénsese en profesores de Derecho, en entidades de defensa de derechos e intereses, etc. Así, el art. 23.1 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios de 16-11-2007 contempla que las asociaciones de consumidores y usuarios tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores. Según el art. 37.c), las asociaciones de consumidores y usuarios tendrán como finalidad, entre otras, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos. Supuestos similares se contemplan en la legislación de extranjería y asilo.

En este sentido existe una importante jurisprudencia penal emanada en relación con el delito de intrusismo profesional. El Tribunal Supremo ha dejado claro que el asesoramiento en Derecho en el procedimiento administrativo no está reservado al abogado, pues esta profesión colegiada tiene esa reserva en la vía judicial, pero no en la vía administrativa. En general las sentencias en cuestión parten de la base de que la actuación del abogado se limita a la que se realiza en juicio, con base en el art. 24.2 CE, quedando excluidas de su monopolio las realizadas en el ámbito administrativo. De hecho, los casos contemplados suelen ser de personas que se atribuyen la condición de abogados y que se ofrecen a realizar gestiones ante la Administración (tramitación de permisos para extranjeros, obtención de permiso de conducción, etc)<sup>18</sup>.

---

de asesor en el procedimiento administrativo. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 27-01-2000 (Ar. 26) (citada por ALARCÓN, *cit.*, pág. 253) rechaza que exista un defecto formal causante de indefensión por el hecho de que el interesado en comparecencia pidiera que se le designara un abogado de oficio, "petición que resultaba improcedente, pues en el procedimiento sancionador no es necesaria la intervención de letrado".

<sup>18</sup> En la STS 2-04-79 (Ar. 1546) se contempla el caso de un procesado que realizó actos tales como

## 6. ¿Debe contemplarse expresamente la intervención de abogado en el procedimiento administrativo?

Creo que no debe contemplarse expresamente la intervención de abogado en el procedimiento administrativo, bastando las reglas generales contempladas en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

No cabe trasladar automáticamente las previsiones de la legislación procesal a la vía administrativa en lo que se refiere a la intervención de letrado. El procedimiento administrativo no puede reducirse a ser considerado una mera vía previa a la judicial, no es una mera actividad preprocesal, sino que tiene una sustantividad propia.

Existe otro dato importante. Normalmente los interesados no pueden acceder por sí mismos a la vía judicial, sino que necesitan unos requisitos de pos-

---

redactar un recurso de alzada, entendiendo el tribunal que no existe delito de intrusismo porque no era precisa la intervención de abogado, “por no tratarse de una contienda jurídica, sino meramente administrativa”. La STS 29-09-06 (Ar. 6400) rechaza que en el asunto que resolvía se hubiera producido un delito de intrusismo, porque no se habían realizado “actos propios de ejercicio de la profesión de abogado”. En el caso, la interesada se atribuía la condición de abogada especializada en materia de extranjería —a pesar de carecer de tal título— y asesoraba a los clientes para obtener la documentación necesaria. La sentencia pone de relieve que a pesar del amplio contenido del art. 9.1 del Estatuto General de la Abogacía (aprobado por Real Decreto 658/01 de 22 de junio) que alude a los que “se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados”, el asesoramiento realizado por la interesada “no constituye un acto exclusivo de la profesión de abogado”, añadiendo que “el objeto del mismo se realizaba en el plano meramente administrativo, y nunca en el judicial” (a la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos se refiere el art. 542 de la Ley orgánica del Poder Judicial, en adelante, LOPJ). A ello añade que la “determinación de funciones deberá ser realizada desde una perspectiva objetiva de valoración social”, por lo que “debe tenerse presente que cualquier ciudadano es susceptible de recibir a diario consejos (médicos, sanitarios, de rehabilitación, construcción o reparación de aparatos de todo tipo o de viviendas) que propiamente solamente deberían darlos profesionales cualificados, y no por ello alcanza tal hecho el desvalor social capaz de merecer una sanción penal”. Y añade que “en el plano jurídico, la implicación o proyección de la persona y de sus múltiples facetas en el mundo del derecho le hace susceptible de recibir consejos de tal orden en muy diversos planos (mercantil, bancario, bursátil; tributario, laboral y relacionado con la Seguridad Social), sin que tenga que llegar a la tipicidad penal que debe quedar reservada para cuando lo que se ejecuta pertenece en exclusiva a una determinada profesión”. A continuación, la sentencia pone de relieve que la legislación de extranjería no exige la dirección letrada para la tramitación administrativa de determinados asuntos. Y lo mismo cabe decir —continúa la sentencia— con respecto a la normativa que rige la convalidación, obtención o renovación de los permisos para la conducción de vehículos de motor. Por su parte, la STS 12-04-10 (Ar. 5551) menciona expresamente a la anterior, añadiendo que ninguna relevancia penal tiene la previa actividad de asesoramiento puramente administrativo, que no invade las funciones propias del ejercicio profesional de la abogacía.

tulación: la designación de abogado de oficio deriva de esa necesidad. Esos requisitos, en cambio, no existen en la vía administrativa, por lo que falta el fundamento de su posible existencia.

Por otra parte, contemplar expresamente la intervención de abogado en el procedimiento administrativo supondría olvidar la existencia de profesionales especializados, como los graduados sociales, gestores administrativos, etc<sup>19</sup>.

Así, por lo que se refiere a los graduados sociales el art. 1 de la Orden de 28 de agosto de 1970 dice que “a los graduados sociales, en su condición de técnicos en materias sociales y laborales, les corresponden las funciones de estudio, *asesoramiento*, representación y gestión, sin necesidad de apoderamiento especial, en los casos permitidos por la Ley de Procedimiento Administrativo en todos cuantos asuntos laborales y sociales les fueran encomendados por o ante el Estado, entidades paraestatales, corporaciones locales, la Seguridad Social, la Organización sindical, entidades, empresas y particulares”<sup>20</sup>. Sobre esta base, ninguna duda existe acerca de la posibilidad de asesorar en materia laboral y de Seguridad Social<sup>21</sup>.

La STS 21-11-98 (Ar. 9964) afirma que la “técnica jurídica” está reservada a la abogacía, pero reconoce que los graduados sociales ejercen técnica jurídica en el campo limitado al concreto ámbito sociolaboral, lo que supone “conocimientos parciales de Derecho”.

Por lo que se refiere a los gestores administrativos, el art. 1 del Decreto 424/1963 dice que son profesionales que se dedican de modo habitual y con carácter de profesionalidad y percepción de honorarios a promover, solicitar y realizar toda clase de trámites que no requieran la aplicación de la técnica jurídica reservada a la abogacía, relativos a aquellos asuntos que en interés de personas naturales o jurídicas, y a solicitud de ellas, se sigan ante cualquier órgano de la Administración Pública, informando a sus clientes del estado y vi-

---

<sup>19</sup> Ver STS 5-05-88 (Ar. 3720) sobre ámbito de competencias de graduados sociales y gestores administrativos, aludiendo al Decreto 1531/65 de 3 de junio, que delimita tales competencias.

<sup>20</sup> Esta norma ha sido declarada en vigor por el Real Decreto 1415/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales (Disposición Derogatoria única.2).

<sup>21</sup> La profesión de graduado social es una profesión jurídica (TARRAGA POVEDA, J., *La representación y defensa en juicio por graduado social*, Ed. Laborum, Murcia, 2001, pág. 76, recogiendo opiniones de otros autores). El voto particular del magistrado Mendizábal Allende en la STC 2/1995 de 10 de enero afirma que los graduados sociales no son juristas, ya que los estudios que dan lugar a su título no pretenden una formación jurídica integral, pero reconoce que desarrollan una actividad asesora y asistencial.

cisitudes del procedimiento por el que se desarrollan. Y su art. 2 añade que los gestores administrativos actúan ante los órganos de las Administraciones públicas en calidad de representantes al amparo de dispuesto en el artículo 32.2 de la Ley 30/1992. Lo cual les excluye de la actividad de asesoramiento jurídico, aunque indudablemente en muchas ocasiones el deslinde será muy difícil de realizar.

Por su parte, el art. 2.2 del Real Decreto 278/00 de 25 de febrero, que aprueba los estatutos del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial establece que las funciones propias de los agentes de la propiedad industrial son las de “ofrecer y prestar habitualmente sus servicios ... para *aconsejar, asistir* o representar a terceros para la obtención de registros en las diversas modalidades de la propiedad industrial y la *defensa de los derechos* derivados de los mismos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas”.

Por lo que se refiere a los procuradores, por de pronto es claro que nada impide su intervención como representantes de los ciudadanos ante la Administración, dada la amplitud de la previsión del art. 32.2 LRJ, a pesar de que la LOPJ se refiere a ellos solo en el ámbito procesal.

El Real Decreto 1373/2003 de 7 de noviembre, que aprueba el arancel de derechos de los procuradores, en su art. 76, reconoce que el procurador puede realizar actuaciones ante las Administraciones públicas, indicando que en todos aquellos recursos y reclamaciones que se formulen ante cualquier órgano de las Administraciones públicas, el procurador percibirá sus derechos con arreglo a lo dispuesto en el art. 1, con una reducción del 50 por ciento.

Por otra parte, el art. 3 contempla la posibilidad de percepciones no arancelarias, al indicar que “este arancel regula los derechos devengados por los procuradores en toda clase de asuntos judiciales y ante las Administraciones públicas, y quedan excluidos los que correspondan al procurador por los demás trabajos y gestiones que practique en función de lo dispuesto en los artículos 1.709 y 1.544 del Código Civil, y demás normas de aplicación.

Ahora bien, la STS 29-01-04 (Aranz. 2183), dictada en un recurso relativo a las atribuciones de los procuradores, les niega funciones de defensa: “la facultad de ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, que el artículo 5 apartado i) de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974 atribuye a éstos, ha de ejercerse dentro del ámbito exclusivo de la función que el legislador atribuye a la profesión; y siendo ello así, ha de recordarse que conforme al artículo 438 LOPJ corresponde exclusiva-

mente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la Ley autorice otra cosa, por lo que existe una clara extralimitación en la regulación que en el Estatuto impugnado se contiene en el apartado 3 del artículo 3º impugnado, al atribuir al procurador la defensa del cliente cuando no esté reservada por Ley a otras profesiones y sin que dicha salvedad legal, no prevista en la legislación vigente, tenga relevancia alguna a efectos de apreciar la clara extralimitación que en dicho precepto se contiene al invadir, con ocasión de la definición del procurador, el ámbito competencial que el artículo 436 de la citada Ley Orgánica confiere al abogado a quien atribuye, en exclusiva, la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico, sin que pueda aceptarse la forzada interpretación restrictiva que el Abogado del Estado da al término «defensa» que usa el precepto recurrido como limitado a actuaciones procesales incardinadas dentro de las facultades de representación, porque una cosa es la auténtica representación profesional que corresponde al procurador y otra la defensa del mismo y el asesoramiento que está atribuida en exclusiva al abogado por el artículo 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Todo lo cual impone la declaración de nulidad del precepto recurrido en cuanto infringe el principio de reserva de Ley en la regulación de la profesión de procurador establecido en el artículo 36 de la Constitución en relación con lo dispuesto en el artículo 5.i) de la Ley reguladora de los Colegios Profesionales.”

Parece evidente que, a pesar de lo que razona la sentencia, nada impide que el procurador ejerza funciones de asesoramiento en el procedimiento administrativo, a la vista de lo dispuesto en el art. 85.2 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

El Real Decreto 1837/2008 de 8 de noviembre incorpora al ordenamiento jurídico español varias Directivas europeas relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado<sup>22</sup>. Según este Real Decreto, las profesiones cuyo ejercicio exige un conocimiento preciso del Derecho positivo español y en las que en el desempeño de sus actividades es un elemento esencial y constante emitir dictámenes, consejos o asistencia sobre el Derecho positivo a efectos de lo dispuesto en el art. 22.3 (necesidad de un periodo de prácticas o de una prueba de aptitud) son las siguientes: abogado, actuario de seguros, agente de la propiedad industrial, auditor de cuentas, detective privado, gestor administrativo,

---

<sup>22</sup> Este Real Decreto derogó al antes citado Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, sobre reconocimiento de títulos académicos y profesionales en la CEE.

graduado social, graduado social diplomado, diplomado en relaciones laborales, habilitado de clases pasivas, procurador. A la vista de este precepto, resulta indudable que todos estos profesionales pueden asesorar a los interesados en el procedimiento administrativo.

Además, en ocasiones puede estar más justificada la intervención de otros especialistas: así, en una expropiación puede ser más importante la asistencia de un arquitecto o de un ingeniero que la de un abogado<sup>23</sup>.

### III. LA PREVISIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE ASESOR EN NORMAS ESPECÍFICAS

Existen una serie de normas específicas que contemplan expresamente la intervención de abogado o de otro asesor en el procedimiento administrativo. En general se refieren a procedimientos administrativos sancionadores.

#### 1. Las previsiones en la legislación penitenciaria

Este es un supuesto importante, porque ha dado lugar a una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>24</sup>.

El vigente Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero, regula la tramitación del procedimiento sancionador, estableciendo que, ante el pliego de cargos, uno de los derechos del interesado interno cuya conducta sea presuntamente constitutiva de falta disciplinaria es el de formular pliego de descargos por escrito o para alegar verbalmente (art. 242.2.h), debiendo indicársele expresamente que el interno puede asesorarse

---

<sup>23</sup> Cabe hacer aquí otra consideración en cuanto al intento de apoderamiento de facultades por parte de determinadas profesiones. Tradicionalmente se venía utilizando la vía reglamentaria, al aprobar los estatutos de las distintas profesiones. Pues bien, la STS 7-02-1979 (Ar. 294) (ponente, Ángel Martín del Burgo) hace una dura crítica de esta situación. Ante un conflicto interprofesional entre los gestores administrativos y los graduados sociales, acerca de las actividades propias de cada profesión, dice la sentencia que “nada de insólito tiene el que se planteen problemas como el de autos, ya que el ordenamiento de este mundo de los profesionales ha surgido, y sigue de la misma forma, en virtud de concepciones unilaterales y sectoriales, sin la menor coherencia, lo que permite el otorgamiento de atribuciones, como consecuencia de gestaciones coyunturales, o momentos de fortuna, tan proclives a poner en marcha el espíritu expansivo de los distintos Cuerpos, no siempre contenido como debería serlo, por la manera fragmentaria y dispersa en que este Ordenamiento se va elaborando, y hasta por el desigual rango de las normas que lo integran”. Actualmente se opta por normas con fuerza de Ley, pero la crítica contenida en esta sentencia sigue plenamente vigente.

<sup>24</sup> Sobre ello, vid., con gran detalle, ALARCÓN SOTOMAYOR, A., cit., pág. 255 ss.

por letrado, funcionario o por cualquier persona que designe durante la tramitación del expediente y para la redacción del pliego de descargos (letra i), así como de la posibilidad de asistirse de un funcionario o interno (letra j)<sup>25</sup>.

Como hemos dicho, existe una abundante jurisprudencia constitucional sobre la materia. Por de pronto, las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 CE son aplicables no sólo en el proceso penal, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores con las matizaciones que resultan de su propia naturaleza, en cuanto que en ambos casos se ejerce la potestad punitiva del Estado (STC 18/1981, 2/1987, 2/1990, 145/1993, 297/1993, 97/1995, 143/1995, 195/1995, 127/1996, 128/1996, 83/1997, 104/02, 316/06, 42/08). No se trata de una traslación literal de las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador, dadas las diferencias entre uno y otro, sino de la aplicación de aquellas que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento sancionador (STC 104/02).

Tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena (STC 74/1985, 2/1987, 297/1993, 97/1995, 128/1996, etc.). Las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones» (STC 2/1987, 297/1993, 97/1995, 127/1996, 128/1996, 157/00, 91/04 y STEDH Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984) (STC 83/97).

No obstante, no se trata de un derecho pleno a la asistencia de letrado que se extienda a su comparecencia personal junto al interno ante los órganos disciplinarios. Lo que la Constitución garantiza en este ámbito es la posibilidad de contar con un asesoramiento jurídico suficiente, por lo que es su obstaculización o impedimento injustificado por parte de la Administración lo que constituye la lesión del derecho de defensa (STC 104/03).

El asesoramiento puede ser realizado por cualquier persona que el interno designe, siempre que en este caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legí-

---

<sup>25</sup> El anterior Reglamento Penitenciario de 1981 contemplaba en el procedimiento disciplinario sancionador el trámite del pliego de cargos, en el que, conforme al art. 130.1.e), debía hacerse constar “la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente”. Como puede observarse, se hablaba, con gran amplitud, de un asesor, sin mayor especificación.

timamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (STC 104/03, 91/04, 42/08, 71/08 y 10/09).

Al reconocer expresamente la legislación penitenciaria la posibilidad de que los internos soliciten asesoramiento durante la tramitación de los expedientes disciplinarios, la pasividad o el silencio de la Administración ante una solicitud de este tipo realizada en tiempo y forma ante el órgano competente puede significar la lesión del art. 24.2 CE si supone la privación definitiva de la oportunidad de recibir una asistencia necesaria y eficaz para la preparación de su defensa. Es decir, sólo podrá apreciarse vulneración del derecho de defensa si la que efectiva y concretamente se ha ejercitado en el proceso se manifiesta incapaz de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el mismo, lo cual será determinable, en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa (STC 104/03, 91/04<sup>26</sup>).

Las STC 71/08 y 10/09 desestimaron sendos recursos de amparo al constatar que lo denegado no fue en sí mismo el hecho del asesoramiento, sino la forma concreta en que el recurrente propuso su realización –entrevista personal–, y ello porque en tal caso la Administración penitenciaria no impidió al recurrente hacer efectivo su derecho, pues, en última instancia, la decisión administrativa no imposibilitaba que ese asesoramiento hubiera podido efectuarse de cualquier otra forma que no resultara contrario a las razones de seguridad y buen orden, como es el asesoramiento por escrito que expresamente possibilitó el instructor. Además –razonaba el Tribunal–, tampoco resultaba posible apreciar defectos constitucionales de motivación en esta decisión, ya que se fundamentó en que no estaban autorizadas las comunicaciones intermodulares entre internos que no fueran familiares directos, identificando así la existencia de un fin constitucionalmente legítimo justificativo, como son las razones de seguridad y buen orden. En tercer lugar, tampoco el hecho de que finalmente el recurrente no pudiera contar con algún tipo de asesoramiento, que es en lo que se concretaría la indefensión material, podía ser imputado a la Administración, toda vez que, ante la negativa del instructor a acceder a realizar el asesoramiento de la manera solicitada, el recurrente no propuso ninguna otra fórmula alternativa, bien en cuanto a la forma de verificarlo, bien eligiendo un asesor en quien no concurrieran esas específicas circunstancias.

---

<sup>26</sup> Esta última niega que se haya producido la vulneración del derecho a la defensa y a la asistencia jurídica sobre la base de que el propio recluso, según parece, ejercitó una autodefensa bien razonada jurídicamente.

El contenido del derecho fundamental a la asistencia jurídica no implica el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita durante el procedimiento administrativo (STC 74/1985, 2/1987, 229/1993), lo que no contradice el art. 24.2 CE, pues, como resulta del art. 6.3 del CEDH, tal derecho a la gratuidad de la asistencia letrada sólo existe en los procesos judiciales y, además, no en todos, sino sólo cuando el derecho de defensa y los intereses de la justicia lo requieran (STC 2/87, 229/93, 128/96, 83/97, 104/03, 42/08). Aunque comprende el derecho del interno a asesorarse por Letrado de su elección, pese a que no sea preceptiva su intervención, sin embargo, tanto en la fase administrativa como en la fase del posterior recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no forma parte de su contenido el derecho a la designación de letrado del turno de oficio (STC 9/1997, de 14 de enero, FJ 3; AATC 145/1999, de 7 de junio; 92/2003, de 24 de marzo). No puede estimarse vulnerado su derecho a la asistencia letrada por no haber contado con asistencia letrada gratuita durante la tramitación del expediente disciplinario, ya que este derecho en los procedimientos de imposición de sanciones a los internos, tanto en su fase ante la Administración penitenciaria como ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no implica la designación de abogado del turno de oficio (STC 42/08).

¿Cuál es el fundamento de ese reconocimiento del derecho a la defensa y a la asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios abiertos a los reclusos como un derecho fundamental? La jurisprudencia constitucional pone el acento en que “la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena”, ya que la tramitación del procedimiento puede lugar a una restricción aún mayor de su libertad. Sin embargo, creo que el fundamento de esta especial garantía se encuentra en la especial situación en que se encuentra el recluso: éste se encuentra privado de libertad y tiene restringido su derecho a la comunicación con terceros, lo que supone una seria limitación a sus garantías procedimentales, que en otras circunstancias no tendría lugar. Ello hace que el derecho a asesorarse por parte del recluso no suponga una simple obligación de abstenerse por parte de la Administración penitenciaria, sino que incluye la obligación positiva de facilitar el contacto<sup>27</sup>.

Como consecuencia, cabe hacer las siguientes consideraciones. Por de pronto, es claro que esta consideración como derecho fundamental no puede trasladarse sin más a cualquier otro procedimiento sancionador, como reconoce el propio Tribunal Constitucional. De hecho, tiene un carácter excepcional.

---

<sup>27</sup> No obstante, esta opinión tiene un punto débil: si la privación de libertad fuera lo relevante, estas garantías deberían trasladarse a todos los procedimientos administrativos en los que estuvieran interesados los reclusos.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta la posición del Tribunal Constitucional, como garante de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. Desde esta perspectiva, la doctrina del Tribunal Constitucional se basa en la protección del derecho fundamental a la defensa y a la asistencia jurídica, que es bastante más estricto que el derecho a recibir asesoramiento en el procedimiento sancionador penitenciario. Parece que la doctrina del Tribunal Constitucional no puede extenderse a otro tipo de asesoramiento distinto a la asistencia jurídica.

Cabe plantear la cuestión de si el recluso tendría ese derecho incluso aunque no estuviera normativamente previsto. También cabe la duda de si esta garantía puede excluirse expresamente. Dicho con otras palabras, la cuestión es si se trata de un derecho que deriva directamente de la Constitución o de la norma que lo establece. El Tribunal Constitucional parece entender lo primero, precisamente por el fundamento en el que se basa (el interesado se encuentra privado de libertad). Y si esto es así, ello formaría parte del contenido esencial del derecho, que no puede ser recortado, y que debería regularse por una norma de superior rango (art. 53 CE). Lo cierto, sin embargo, que este problema no es tal, dado que la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común recoge esta posibilidad de asesoramiento.

## 2. El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas

El art. 53.1 de la Ley orgánica 8/98 de 2 de diciembre, sobre régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas dice, con respecto a las faltas graves, que el expedientado podrá contar en todas las actuaciones a que dé lugar este expediente sancionador, con el asesoramiento del abogado o del militar que designe al efecto<sup>28</sup>. No es una novedad de esta Ley, pues ya anteriormente esto mismo se contemplaba en la Ley orgánica 12/85 de 27 de noviembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

La contemplación expresa de este derecho puede tener sentido en cuanto que el militar puede ser privado de su libertad en el ámbito administrativo, y en tal sentido la previsión expresa tendría su justificación, tanto en lo que se refiere a las garantías procedimentales de comunicación como a las consecuencias que puedan derivar de la actuación administrativa, sin perjuicio de que en caso de que no exista esa privación o restricción de libertad, el interesado pueda asesorarse por quien decida libremente.

---

<sup>28</sup> El art. 64 lo extiende a los expedientes gubernativos por sanciones disciplinarias extraordinarias.

Sin embargo, esta afirmación tiene sus puntos débiles. Por un lado, las sanciones leves –con respecto a las cuales no existe previsión alguna acerca del asesoramiento– pueden comportar restricciones importantes a la libertad. Por el contrario, varias de las sanciones graves no guardan ninguna relación con la privación de libertad. Lo cual hace pensar que se ha tratado de trasladar a un procedimiento disciplinario las garantías previstas en un procedimiento penal.

Por lo demás, la DF 1ª de la Ley dice que la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común será de aplicación subsidiaria en todas las cuestiones de procedimiento y recurso no previstas en la Ley, lo que significa que nada impide el asesoramiento –y en particular, la intervención de letrado– en los procedimientos por faltas leves. Hay que tener en cuenta que, aunque ese procedimiento es predominantemente oral, ello no excluye la escritura, por ejemplo, en materia de recursos.

La STS 17–07–06 (Sala de lo Militar) (Ar. 4494) afirma que en los procedimientos para la imposición de sanciones leves no está prevista la intervención de letrado, pero tampoco excluida, siempre que no resulte incompatible con la finalidad del procedimiento oral y sumario por faltas leves. Lo que ocurre es que en el caso en cuestión el interesado ni se hizo acompañar de profesional de la abogacía que le asistiera en el acto, ni solicitó disponer de asesoramiento pidiendo la suspensión del acto por breve plazo de tiempo para no frustrar la rápida decisión que el caso requería.

Por otra parte, la doctrina opina que no debe entenderse como un derecho a la asistencia letrada concebida como la presencia física de su asesor en todas las actuaciones a que dé lugar el procedimiento: la posibilidad de recibir asesoramiento letrado permite al expedientado redactar sus descargos bajo la dirección de letrado, así como aconsejarse de éste para proponer prueba, pero no presupone la presencia física del letrado en todos los trámites del procedimiento<sup>29</sup>.

### 3. El régimen disciplinario de la Guardia Civil

La Ley orgánica 11/91 de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, al igual que ocurre con el régimen disciplinario militar, no contemplaba la asistencia jurídica en los procedimientos por falta leve. Con respecto a ello cabe decir lo mismo que con respecto a los militares.

---

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El nuevo régimen disciplinario militar: reflexiones en torno a la obra “Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas”*, en *Revista Española de Derecho Militar*, 76, julio diciembre 2000, pág. 151.

Precisamente esta circunstancia ha dado lugar a una amplia jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo sobre la cuestión. Así, la STS 8-02-99 (Ar. 2574) resolvió un caso de procedimiento oral por falta leve producido durante la vigencia de la Ley orgánica 11/91. La sentencia niega que se haya vulnerado el derecho fundamental de defensa. En primer lugar –dice– la asistencia de letrado no está prevista en el procedimiento sancionador por falta leve, lo que le lleva a decir que tal derecho no existe en este procedimiento, por comparación con lo que se establece para el procedimiento por los demás tipos de faltas.

En segundo lugar, afirma que el trámite de audiencia no constituye una fase de declaración, con posibilidad de contradicción, que precise de la asistencia de Letrado; aunque añade que ello “no impide que el supuesto infractor, que mejor conoce lo que ha hecho, pueda obtener ese asesoramiento previo a la resolución sancionadora, y no menos después al interponer los previstos recursos de alzada”. Y concluye que “la norma legal disciplinaria responde a aquellas notas de simplicidad del procedimiento, suficientes garantías, y finalidad esencial de reponer con la mayor brevedad la disciplina quebrantada”.

Al realizar esta matización cabe observar que la sentencia realmente no niega el derecho a la asistencia jurídica, sino el que el interesado pueda reclamar que en una determinada fase del procedimiento oral sea asistido por asesor. En lo cual coincide con la doctrina del Tribunal Constitucional que hemos examinado con relación a los reclusos.

La STS 27-09-2001 (Ar. 8701 de 2002) se dictó como consecuencia de un procedimiento sancionador por faltas graves. Ante la alegación de la falta de asistencia jurídica, la sentencia afirma que no se ha producido indefensión material, porque no existe un paralelismo entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal, ya que tal asistencia no es preceptiva, por lo que “el asesoramiento jurídico con que quiera contar el encartado, incumbe ante todo a su propia actividad y diligencia, incluida la formulación de quejas o protestas ante el Instructor por los posibles incumplimientos procedimentales en que se hubiera incurrido en el trámite del expediente, reclamaciones que no consta haberse efectuado”.

La STS 3-06-02 (Ar. 5878) se remite a la doctrina de la sentencia antes citada de 8-02-1999, indicando que el procedimiento sumario por falta leve fue diseñado por el legislador con tal naturaleza para responder con rapidez –según el Tribunal Constitucional, la prontitud y la rapidez de la reacción constituyen la razón de ser de los procedimientos disciplinarios– frente a las infracciones de la disciplina militar.

La STS 9-12-2004 (Ar. 8032) insiste en que en aquel momento no estaba prevista la asistencia jurídica en el procedimiento oral por falta leve: “La naturaleza de las infracciones que en él se investigan, el puro ejercicio del mando que representa la investigación y corrección de estas infracciones, la sencillez de los trámites y su celeridad acorde con los intereses militares que tutela ..., justifican este distinto tratamiento procedimental, *sin perjuicio para el derecho de defensa del encartado que, desde luego, puede asesorarse en la forma que estime conveniente, a lo largo del procedimiento hasta la resolución definitiva en vía disciplinaria*. La necesidad de restablecer con la rapidez necesaria la disciplina quebrantada y la naturaleza de la relación de mando en que se ejerce esa potestad disciplinaria respecto a dichas faltas leves, necesaria para el correcto funcionamiento de la Institución, representan peculiaridades que matizan la aplicación al procedimiento disciplinario militar por faltas leves de la garantía de defensa y permiten, preservando los valores esenciales de ese derecho fundamental que están en la base del precepto (STC 18/1991), establecer la señalada diferencia, en cuanto a la asistencia letrada al encartado, en relación a los mencionados expedientes disciplinarios y gubernativos”.

La STC 74/04 estudia el caso de un procedimiento por falta leve a un miembro de la Guardia Civil en el que no se permitió intervenir a una letrada. La sentencia matiza que las restricciones al ejercicio del derecho de asistencia letrada solo resultan admisibles en la medida en que ese ejercicio resulte incompatible con la finalidad del procedimiento disciplinario. El fundamento del procedimiento oral sumario para la corrección de las infracciones leves se encuentra en la finalidad del rápido restablecimiento de la disciplina militar. En el caso, lo determinante fue que el trámite de audiencia quedó fijado para varios días después, y además la letrada se encontraba en las dependencias oficiales, por lo que su intervención no era incompatible con esa finalidad.

Sobre esta base, cabía entender que cuando la asistencia letrada pudiera producirse sin demora y sin que quedase afectado el pronto restablecimiento de la disciplina, la asistencia de letrado no resultaba incompatible con la especial naturaleza del procedimiento.

En la actualidad, sin embargo, el art. 42.2 de la Ley orgánica 12/07 de 22 de octubre, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, contempla la posibilidad de que el interesado cuente, en todas las actuaciones a que dé lugar cualquier procedimiento disciplinario, con el asesoramiento y asistencia de un abogado en ejercicio o de un guardia civil que elija al efecto. De optarse por esta segunda posibilidad, las autoridades y mandos correspondientes facilitarán al designado la asistencia a las compareencias personales del interesado ante las autoridades disciplinarias o instructoras de los expedientes, y su asesoramiento

será siempre voluntario, sin que tal designación confiera derecho alguno al resarcimiento por los gastos que pudieran derivarse de su asistencia. Los honorarios del letrado designado serán por cuenta del interesado.

Por tanto, se hace alusión expresa a la garantía también en los procedimientos por faltas leves, lo cual supone una innovación con respecto a la anteriormente vigente Ley orgánica 11/91 de 17 de junio, que no contemplaba la asistencia en los procedimientos por falta leve.

Sin embargo, esta nueva Ley ha suprimido las sanciones privativas de libertad. Por ello, realmente este precepto no tiene mucho sentido, puesto que el derecho a asistencia no necesita requisito alguno, y las leyes generales no imponen limitación alguna. Es prácticamente una copia de lo dispuesto para los internos en un centro penitenciario y para los militares, pero en el presente caso no existe el fundamento que concurre en aquéllos, la privación de libertad y la limitación de las comunicaciones. Por ello, parece que la única justificación de esta norma es la de permitir que a los guardias civiles designados para realizar la asistencia se les facilite la asistencia a las compareencias personales del interesado ante las autoridades disciplinarias o instructoras de los expedientes<sup>30</sup>.

#### **4. El régimen disciplinario de la policía nacional**

La Ley orgánica 4/10 de 20 de mayo, de régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, contempla la posibilidad de que el interesado designe abogado o policía nacional que le asesore. Según el art. 19.4, en el momento en que se notifique la apertura de un procedimiento disciplinario, se informará al funcionario sometido a expediente de su derecho a ser asistido, cuando lo considere conveniente para la defensa de sus intereses, por un abogado o por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía licenciado en Derecho.

A este precepto cabe hacer la misma crítica que acabamos de hacer al nuevo régimen de la Guardia Civil: el derecho a asistencia no necesita requisito alguno, y las leyes generales no imponen limitación alguna. Y la única justificación de esta norma es la de permitir que los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía designados para realizar la asistencia tengan derecho a un permiso el día en que aquella se realice por el tiempo necesario para ello, tal como se añade por el art. 19.4.2 de la Ley.

---

<sup>30</sup> No obstante, la Ley se cuida de añadir que la designación no confiere derecho alguno al resarcimiento por los gastos que pudieran derivarse de la asistencia, siendo de cuenta del funcionario contratante los honorarios del abogado.

También es aplicable a los Cuerpos de Policía Local de acuerdo con lo previsto en la legislación orgánica reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (DF 6<sup>a</sup>), aunque es de suponer que la mención al funcionario del Cuerpo Nacional de Policía licenciado en Derecho debe entenderse hecha a un funcionario del correspondiente Cuerpo de Policía Local.

## 5. Las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial

La Ley orgánica del Poder Judicial, al regular el régimen disciplinario del personal al servicio del Poder Judicial, contempla la posibilidad de intervención de asesor, distinguiendo según la clase de personal. Así, con respecto a jueces y magistrados, el art. 425.1 LOPJ reconoce que el interesado podrá valerse de abogado desde el inicio del expediente<sup>31</sup>.

Por lo que se refiere a los secretarios judiciales y demás personal al servicio de la administración de justicia, los art. 468.4.f y 535.6, respectivamente, reconocen el derecho a poder actuar en el procedimiento asistidos de letrado o de los representantes sindicales que determinen<sup>32</sup>.

Cabe observar que el contenido de los art. 468 y 535 no data de la regulación inicial de 1985, que nada contemplaba sobre este punto, sino que fueron introducidos muy posteriormente, por la Ley orgánica 19/03 de 23 de diciembre. Puede hablarse así de unas garantías de segunda generación, empeñado el legislador en introducirlas cuando ya existían garantías suficientes en virtud de la aplicación de las reglas generales.

En efecto, tales preceptos son técnicamente muy criticables. En primer lugar, por aplicación de las reglas generales, resultan innecesarios, ya que en todos estos casos rige la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, como se dice expresamente en los propios Reglamentos de desarrollo.

---

<sup>31</sup> Según redacción dada por la Ley orgánica 16/94 de 8 de noviembre. Como apunta ALARCÓN, ello resulta muy llamativo, porque la formación de los jueces parece excluir la indefensión (op. cit., pág. 263). Este precepto no es aplicable cuando se trata de la sanción leve de advertencia.

<sup>32</sup> Vid. el Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales; así como el Real Decreto 796/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de régimen disciplinario del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia. Como dice ALARCÓN, resulta paradójico que se reconozca expresamente este derecho a quienes pueden comparecer por sí mismos en un recurso contencioso administrativo sin necesidad de abogado y de procurador (art. 23.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (op. cit., pág. 263).

Además, al contrario de lo que sucede con los privados de libertad o con los militares, no concurre ninguna circunstancia que haga aconsejable su mención expresa.

Pero es que su mención puede llegar a ser contraproducente. En primer lugar, de interpretarlo en sus términos literales, supondría que el interesado no puede asesorarse por otra persona distinta a las indicadas. Y en segundo lugar, literalmente parece que no podría optar por ambas clases de personas, sino que debería optar por una de ellas, al utilizar la conjunción “o”.

Por otra parte, resulta llamativo la equiparación de la asistencia letrada con la de los representantes sindicales, como si fueran equivalentes, cuando es evidente que se trata de una defensa muy diferente, ya que la del letrado en principio debe ser jurídica mientras que la de los representantes sindicales no tiene por qué poner el acento en los aspectos jurídicos.

## **6. La legislación reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado**

La Ley 5/84 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, decía ya en su Preámbulo que “el reclamante (de asilo) puede valerse de abogado, que se nombrará de oficio si lo solicita”.

En su desarrollo, el art. 5.4 decía que “el solicitante de asilo será instruido por la autoridad a la que se dirigiera de los derechos que le corresponden de conformidad con esta Ley y, en particular, del derecho a la asistencia de letrado”. Posteriormente, tras la reforma de la Ley por la 9/1994 de 19 de mayo, se dio una nueva redacción al art. 4.1, en virtud de lo cual el solicitante de asilo que se encontrara en territorio español “en todo caso tendrá derecho a asistencia letrada, intérprete y atención médica”.

Por su parte, el art. 5.2 del Reglamento de la Ley (Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero) reitera la obligación de informar del derecho a la asistencia letrada. Y el art. 8.4 insiste en que los solicitantes de asilo que se encuentren en territorio nacional tendrán derecho a asistencia letrada para la formalización de su solicitud y durante todo el procedimiento.

A la vista de esta regulación, cabe hacer una serie de consideraciones. En primer lugar, hay que resaltar que el procedimiento en cuestión no es de naturaleza sancionadora.

En segundo lugar, recoge un derecho que al día de la fecha viene ya establecido, con carácter más general, en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Desde esta perspectiva, no se trata de un derecho de naturaleza prestacional, en el sentido de que confiera un poder a un interesado para exigir que los poderes públicos le provean de asistencia letrada, sino de un derecho que impone a los poderes públicos la obligación de no obstaculizarlo. No obstante, induce a cierta confusión el hecho de que se contemple junto con otros derechos que sí tienen un contenido prestacional, como son los de intérprete y atención médica. Por otra parte, esta afirmación ha quedado muy relativizada tras la aprobación de la Ley de Extranjería, como veremos a continuación.

En tercer lugar, cabe observar que la Ley no hacía mención alguna a una asistencia jurídica gratuita. Lo único que decía el Preámbulo es que se le nombrará abogado de oficio si lo solicita. Pero una cosa es la designación de abogado de oficio y otra que la asistencia de ese abogado sea gratuita. No cabe confundir designación de oficio con carácter gratuito de la asistencia.

La expresión “designación de oficio” en estos casos es muy equívoca y no responde a la realidad. La expresión “de oficio” se contrapone a “a petición del interesado”, es decir, hace referencia al modo de designación del abogado. En este sentido es contradictorio aludir a una petición (a instancia de interesado) de designación de abogado “de oficio”. Solo cabe hablar de designación de abogado de oficio en los casos en que sea preceptiva su intervención y el interesado no lo designe, como ocurre en el proceso penal<sup>33</sup>.

En cuarto lugar, procede hacerse eco de la crítica de BLANQUER a la intervención de abogado en estos casos<sup>34</sup>. Este autor pone de relieve que la Guía aprobada por ACNUR en 1979 no se refiere a la asistencia letrada en la vía administrativa, sin que tampoco se contemple en la legislación de Francia y Dinamarca. Asimismo recuerda que el apartado 13 de la resolución del Consejo de

---

<sup>33</sup> Vid. GUERRERO FERNÁNDEZ, P., *Designación de abogado de oficio y justicia gratuita*, en PICÓ JU-NOY, J. (dir.), *Presente y futuro del proceso civil*, Bosch editor, Barcelona, 1998, pág. 203–204. Este autor dice que con la primitiva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se planteaba tal problema, porque el cliente que no conocía a ningún abogado iba al Colegio y le designaban uno, y éste tramitaba o no, según el caso, el beneficio de justicia gratuita: si no tenía derecho a ella, el abogado pasaba sus honorarios; si lo tenía, era gratis (pág. 204). Para el autor, la actual redacción de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante, LAJG) incurre en la confusión, y lo mismo el Estatuto General de la Abogacía (en la actualidad, art. 45.1 del vigente) (pág. 205). El autor opina que habría que distinguir dos procedimientos: uno para la designación de abogado de oficio; y otro para el reconocimiento de la asistencia gratuita.

<sup>34</sup> D. BLANQUER, *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, Civitas-Ministerio del Interior, Madrid, 1997, pág. 190 ss.

la Comunidad Europea de 20 de junio de 1995, sobre garantías mínimas en los procedimientos en materia de solicitud de asilo, dice que los solicitantes de asilo podrán recurrir a un abogado autorizado con arreglo a las disposiciones del Estado miembro de que se trata, o a otro tipo de asesor, que le asista durante el procedimiento. Nótese que esto es lo que ocurre en alguno de los sectores que hemos estudiado, que contemplan el asesoramiento con gran amplitud.

En un plano práctico, BLANQUER pone de relieve que en este tipo de procedimientos prevalecen las cuestiones de tipo probatorio, no las cuestiones jurídicas, de lo que deduce que en estos procedimientos es más importante tener conocimiento y experiencia práctica de los problemas generales que plantea el asilo, que tener preparación jurídica.

En este sentido, parece más adecuado lo dispuesto en el art. 5.5, según el cual el Alto comisionado de (ACNUR) podrá informarse de la situación de los expedientes, estar presente en las audiencias al solicitante y presentar informes, verbales o escritos, por sí o por representante apoderado al efecto, ante el Ministro del Interior; e igualmente “se permitirá a las asociaciones legalmente reconocidas que entre sus objetivos tengan el asesoramiento y ayuda al refugiado y la presentación de informes escritos ante el Ministro del Interior”. Por su parte, la Disposición Adicional 3ª del Reglamento de la Ley contempla la posibilidad de nombrar abogados colaboradores de ACNUR en el procedimiento.

La Ley de Extranjería 4/2000 de 11 de enero introdujo una modificación sustancial en lo referente a la intervención de abogado, como veremos a continuación<sup>35</sup>.

#### IV. LA PREVISIÓN EXPRESA DE LA INTERVENCIÓN DE LE- TRADO CON EL ACENTO EN LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

##### 1. La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

La Ley 7/1996 de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, regula este derecho en desarrollo de lo dispuesto en el art. 119 CE, que, como vimos, iba referido a la vía jurisdiccional. Por tanto, la asistencia fuera de esta vía se con-

---

<sup>35</sup> Por otra parte, hay que tener en cuenta que en la actualidad la Ley 5/84 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, ha sido sustituida por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Entre las novedades que introduce esta Ley cabe destacar, en lo que se refiere a nuestro tema, que la asistencia jurídica será *preceptiva* cuando las solicitudes de protección internacional sean presentadas en puestos fronterizos (art. 16.2).

templa de una manera tangencial y complementaria. Ello nos lleva a una primera conclusión, y es que el posible derecho a la asistencia jurídica gratuita en la vía administrativa no deriva de la Constitución, sino de la Ley. Por tanto, en principio, no cabe invocar un supuesto derecho fundamental o constitucional a la asistencia jurídica gratuita en la vía administrativa.

Así pues, este derecho puede ser reconocido por una norma de rango infraconstitucional, pero tiene un carácter excepcional. Es muy significativo en este sentido que, según el art. 1.2 LAJG, las disposiciones de la Ley serán de aplicación general en todo tipo de *procesos judiciales*, incluidos los recursos de amparo constitucional, así como el asesoramiento previo al proceso contemplado en el art. 6.1.

Según este último precepto, el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende, entre otras, la prestación de “asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de su pretensión”.

Algunos autores han entendido que ello podría fundamentar un derecho a una asistencia jurídica gratuita en la vía administrativa<sup>36</sup>. Sin embargo, no es posible compartir esta opinión. Asesorar y orientar no equivalen a una defensa técnica, sino que es un estadio anterior. Asesorar y orientar es indicar al interesado los pros y los contras de una actuación, dar consejos de cómo actuar. Pero no llega al extremo de llegar a redactar, por ejemplo, un recurso administrativo. Es muy significativo el dato de los fines a los que se dirige: por un lado, el de analizar la viabilidad de la pretensión, que –hay que insistir– constituye un estadio previo; por otro, el de evitar el conflicto procesal, siendo así que la tramitación de un procedimiento administrativo goza de plena autonomía con respecto a la vía procesal, y su fin no es el de evitar un conflicto procesal, sino garantizar el acierto de la actuación administrativa y los derechos de los ciudadanos.

---

<sup>36</sup> REQUERO IBÁÑEZ, J.L., *La justicia gratuita en el orden contencioso administrativo*, en VVAA, *Justicia gratuita*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 24, 1995. pág. 270. A este autor le llama la atención el que no se contemple la garantía de la asistencia jurídica gratuita en el ámbito administrativo, porque la complejidad técnica es igual o, si cabe, mayor que en el procedimiento judicial” (*op. cit.*, pág. 267). Pero según este argumento, basado en la complejidad, habría que reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita en las relaciones civiles, por ejemplo, a la hora de redactar un contrato entre particulares o de constituir una sociedad mercantil. La opinión del autor presupone que el procedimiento administrativo es un mero antecedente o presupuesto de la vía judicial, idea que no comparto, como se expone a continuación.

Vista la dicción del art. 6.1 LAJG, ni siquiera puede entenderse que la asistencia jurídica gratuita tiene cabida en los supuestos del art. 88 LRJ, de terminación convencional del procedimiento.

Sin embargo, la propia LAJG recoge unas ampliaciones referidas a la vía administrativa, que indudablemente tienen un carácter excepcional. Según su art. 2.f), en su inicial versión, “en el orden contencioso administrativo *así como en la vía administrativa previa*, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo”<sup>37</sup>.

Posteriormente, el anterior precepto ha sido sustituido por el art. 2.e) LAJG, según el cual “en el orden contencioso administrativo *así como en la vía administrativa previa*, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo”. La modificación tenía por objeto adecuar la LAJG a la doctrina del Tribunal Constitucional, para introducir expresamente la referencia a los extranjeros que no acuden a la vía del asilo, sino a la ordinaria, que hasta entonces se había regido por la Ley específica de extranjería.

Continúa la criticable la alusión a la vía administrativa previa, pues la trata como un simple presupuesto previo al acceso a la vía judicial, como si la vía administrativa siempre hubiera de desembocar en la judicial, presuponiendo una continuidad que no tiene por qué existir. La vía administrativa y la vía judicial son independientes y autónomas. La LAJG incurre en un evidente error de concepto: puede notarse que cuando la LRJ habla de una reclamación previa (art. 120 y siguientes) es porque el interesado ya ha decidido acudir a la vía judicial, y con la reclamación se da la posibilidad a la Administración de reconsiderar su actuación. En ello mismo está pensando la LAJG, a pesar de que el procedimiento administrativo cumple unas funciones más complejas que la de constituir un mero requisito para el acceso a la vía judicial.

---

<sup>37</sup> El precepto era técnicamente bastante deficiente. Por un lado, parecía considerar que el procedimiento administrativo en materia de asilo era una mera vía administrativa previa a la judicial, siendo así que tiene una especificidad propia. Por otro lado, el derecho a la representación y defensa se limitaba a los procesos, según el propio precepto, olvidándose de la vía administrativa previa.

Por otro lado, según una interpretación literal del art. 2.e) LAJG, los extranjeros también tendrían derecho a procurador en la vía administrativa, lo que no parece correcto, ya que por la vía de la asistencia jurídica gratuita se estaría introduciendo un nuevo derecho en esta clase de procedimientos administrativos que no existe en el resto de los procedimientos administrativos, y ni tan siquiera en algunos procesos judiciales, como ocurre en el caso de los procesos seguidos ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo (art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Hay que recordar a este respecto que solo se tiene derecho a la representación gratuita de procurador cuando su intervención sea legalmente preceptiva (art. 6.3 LAJG).

Por otra parte, la asistencia jurídica gratuita en la vía administrativa sólo se contempla en los procedimientos relativos a la denegación de entrada en España, a la devolución, a la expulsión del territorio español, así como en materia de asilo. En los demás supuestos (por ejemplo, solicitudes de autorización de trabajo o de residencia) rigen las reglas generales.

## 2. La legislación de extranjería

El art. 30.2 de la Ley orgánica 7/85 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, establecía que, en determinados supuestos, cuando de las investigaciones practicadas se dedujera la oportunidad de decidir la expulsión, se daría traslado de la propuesta motivada y por escrito al interesado, para que alegara lo que considerase adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en los que se hubiera procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendría derecho a asistencia letrada, que se le proporcionaría de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprendiera o hablara el castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciera de medios económicos.

Sobre este precepto —que ya no se encuentra vigente— cabe hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, hay que resaltar el dato de que la asistencia letrada se vincula al hecho de la detención preventiva, no a la tramitación del procedimiento de expulsión, por lo que si no se produce la detención, no resulta aplicable la previsión normativa. Indudablemente con ello el legislador pretendía hacer efectiva la garantía del art. 17 CE.

En segundo lugar, indudablemente el legislador se inspiró en la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De hecho, existe una estrecha relación entre la detención preventiva y el internamiento previsto en el art. 26.2.2 previa autorización del Juez de Instrucción. Ya no es simplemente el derecho a

contar con asistencia letrada, sino que se trata de un derecho de contenido prestacional en virtud del cual los poderes públicos están obligados a proporcionar de oficio un abogado al interesado, salvo que éste disponga de uno.

En tercer lugar, la asistencia jurídica constituye una obligación para los poderes públicos, siendo irrelevante el hecho de que el interesado disponga o no de medios económicos. Si no dispone de ellos, la asistencia será gratuita. Si dispone de los mismos, se supone que estaría obligado a pagar los correspondientes honorarios.

La Ley de 1985 fue derogada y sustituida por la Ley orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. Pues bien, el 20.1, denominado “derecho a la asistencia jurídica gratuita”, establecía que “los extranjeros tienen derecho a asistencia letrada de oficio en los *procedimientos administrativos* o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada o a su expulsión o salida obligatoria del territorio español y en todos los *procedimientos en materia de asilo*. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice”. Nótese la amplitud del derecho, pues ni siquiera menciona que la gratuidad se someta a determinados requisitos de insuficiencia de medios económicos.

Tras la reforma producida por la Ley orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, el precepto pasó a ser el art. 22.1, con siguiente redacción: “1. Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los *procedimientos administrativos* o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los *procedimientos en materia de asilo*. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice”<sup>38</sup>.

El art. 63.3, que guarda una indudable conexión con lo dispuesto en la Ley de 1985, insiste en que en los procedimientos preferentes de expulsión se garantizará el derecho del extranjero a asistencia letrada, que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

---

<sup>38</sup> La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley orgánica 2/2009 de 1 de diciembre) ha introducido una nueva modificación para tratar separadamente el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento administrativo y en la vía judicial. Además, en vez de hablar de procedimientos en *materia de asilo*, habla de procedimientos en *materia de protección internacional*.

Esta nueva regulación incluye importantes novedades con respecto a la Ley de 1985. En primer lugar, ya no se habla de un derecho a la asistencia jurídica, que se presupone, sino que el acento se pone en la gratuidad de la misma. Es decir, se incide en la idea de un derecho de naturaleza prestacional.

En segundo lugar, hay una remisión a lo dispuesto en la legislación de asistencia jurídica gratuita.

En tercer lugar, se desliga la cuestión de la idea de detención, poniéndose el acento en los fines del procedimiento (los que puedan llevar a la denegación de entrada, a la expulsión o a la devolución; así como los procedimientos en materia de asilo). De hecho, es posible la tramitación de estos procedimientos sin necesidad de que se produzca la detención del interesado.

En cuarto lugar, varios de estos procedimientos, como los de devolución y denegación de entrada, así como los procedimientos en materia de asilo, carecen de contenido sancionador. Lo que tienen en común es que dan o pueden dar lugar a la restricción de la libre circulación. Pero esto también ocurre con otros procedimientos en materia de extranjería (por ejemplo, denegaciones de autorización de residencia).

En quinto lugar, hay que destacar la diferencia de matices que se observa entre los art. 22.1 y 63.3. Este último, en efecto, pone el acento, exclusivamente en relación con los procedimientos preferentes de expulsión, en la garantía del derecho a asistencia letrada, que se le proporcionará de oficio, en su caso, lo que hace pensar en la plena analogía con lo dispuesto en el ámbito del proceso penal, en el sentido de que los poderes públicos deben garantizar en todo caso la intervención letrada, hasta el punto de poderse considerar como un derecho irrenunciable (ver art. 520.2.e de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por otra parte, los extranjeros sometidos a internamiento (en los centros de internamiento) tienen derecho, entre otros, “a ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique” (art. 62 bis.f de la Ley de extranjería)<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Esta precepto fue introducido por la Ley orgánica 14/03 de 20 de noviembre. No obstante, ya se contemplaba anteriormente en el 27.2.d) de la Orden de 22-02-99, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros. Esta Orden ha sido parcialmente anulada por STS 11-05-05 (Ar. 6241), por insuficiencia de rango.

Con independencia de todo lo anterior, debe hacerse mención al art. 20.3, según el cual en los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos. Lo cual supone dar entrada a estas organizaciones no ya en ejercicio de la defensa del extranjero, sino como sujetos interesados, lo que supone un evidente reforzamiento de su posición en el procedimiento administrativo en cuestión.

### 3. La Ley de Violencia de Género

El art. 20 de la Ley orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, contempla la “asistencia jurídica”. En él se establece que las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley de asistencia jurídica gratuita, tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y *procedimientos administrativos* que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida, añadiendo que en estos supuestos una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima.

En lo que se refiere a la asistencia jurídica gratuita en el ámbito judicial, la nueva regulación es superflua, pues no añade nada a lo que ya decía la LAJG, salvo la mención a una misma dirección letrada.

Por el contrario, supone una novedad la previsión de la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos, siguiendo la estela marcada por la legislación de extranjería y asilo.

Cabe observar también que, al igual que en materia de extranjería y asilo, alude a la intervención del procurador no solo en los procesos, sino también en los procedimientos administrativos. Por de pronto, parece criticable que la intervención en los procedimientos administrativos se amplíe a los procuradores. Pero es que además la Ley muestra una clara falta de criterio, ya que, curiosamente, al procurador se le menciona en un primer momento, y a continuación se le olvida, hablando únicamente de la defensa (no de la representación) y de los honorarios (no de los derechos)<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> En efecto, el art. 20.1 añade que “en todo caso, se garantizará la *defensa jurídica*, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éstas deberán *abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención*”, olvidando así al procurador. Lo mismo ocurre con el art. 20.4, según el cual “los Colegios de *Abogados* adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de *letrado de oficio* en los procedimientos que se sigan por violencia de género”.

La previsión de una misma dirección letrada puede ser contraproducente en ciertos casos, en los que sea necesaria una especialización en determinadas materias (Seguridad Social, laborales, administrativas, penales, etc), aunque como criterio puede ser válido. Pero se refiere solo a la asistencia jurídica gratuita o a la intervención de letrado de oficio, no a los demás supuestos.

Asimismo cabe observar que se da excesiva relevancia a los abogados, cuando en los procedimientos administrativos pudiera ser más eficaz la intervención de otros profesionales (graduados sociales en el ámbito de la Seguridad Social, trabajadores sociales).

## V. LA NO PREVISIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LETRADO EN LOS SUPUESTOS DE DETENCIÓN POR INFRACCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA

La privación o restricción de la libertad (art. 17 CE) puede tener diversas causas o finalidades lícitas<sup>41</sup>: puede tener lugar en el ámbito de un proceso penal, pero también puede tener lugar en otros ámbitos (por ejemplo, detención de menores huidos; detención de enfermos mentales)<sup>42</sup>. En este momento nos interesa la que se produce en ejercicio de potestades administrativas. Piénsese en supuestos tales como la realización de pruebas de alcoholemia (en materia de tráfico y circulación vial), la identificación de una persona o los registros de vehículos o cacheos superficiales (en materia de seguridad ciudadana) o por motivos sanitarios (art. 26 y 28 de la Ley General de Sanidad, art. 9.2 de la Ley 41/02 de 14 de noviembre) o en materia de extranjería (art. 61.1.d de la Ley de Extranjería). ¿Rigen en tal caso las garantías recogidas en el art. 17 CE, y en particular la asistencia de letrado?

En principio, podría pensarse que el derecho a la asistencia letrada contemplado en el art. 17.3 CE es siempre exigible. El Tribunal Constitucional en alguna de sus sentencias ha mantenido un concepto muy amplio de detención, entendiendo por tal cualquier situación en que la persona se vea obstaculizada para autodeterminar, por obra de su libertad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad (STC 98/86).

<sup>41</sup> Sobre esta cuestión, SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 43 ss.

<sup>42</sup> El art. 5.1 CEDH es muy amplio en este sentido, contemplando diversas causas de privación de libertad.

Con ello se reaccionaba frente a una doctrina tradicional que introducía una tercera situación entre la libertad y la detención, la retención, a la que no era aplicable el régimen jurídico de la detención.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional en seguida introdujo matices a un concepto amplio de detención en casos como los de la prueba de alcoholemia a conductores.

Así, la STC 107/85 dice que los derechos declarados en el art. 17.3 de la norma fundamental corresponden al «detenido», esto es, a quien haya sido privado provisionalmente de su libertad *por razón de la presunta comisión de un ilícito penal* y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma, según prescribe el núm. 2.º del mismo artículo. Las garantías exigidas por el art. 17.3 –información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada– hallan, pues, su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, *se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal*, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado. No es esta situación, sin embargo, –añade la sentencia– la de quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto y que no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto en el art. 492.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo. En estos términos, la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, *sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito. Y concluye la sentencia diciendo que “la realización de esta prueba, por lo tanto, así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico”*.

La STC 22/88 sigue la misma doctrina: “el sometimiento de los conductores de vehículos a las normas del Código de la Circulación y, por tanto, a las autoridades encargadas de su cumplimiento, en cuanto no desborden –como ocurre en este caso– el campo de actuación que les es propio, no guardan relación alguna con el derecho a la libertad que consagra y protege el art. 17 de la Constitución”, remitiéndose a continuación a la doctrina de la STC 107/1985, y concluyendo que “no se da, pues, la vulneración del art. 17 de la Constitución que denuncia el recurrente, porque la práctica por él aceptada de la prueba de alcoholemia no guarda relación alguna con la privación de libertad a que se refiere el apartado 1 de dicho precepto”.

La STC 252/94, conforme a la citada doctrina, concluye que en estos casos de pruebas de alcoholemia la asistencia letrada no es condición de validez –desde la perspectiva constitucional– de la práctica de dicha prueba<sup>43</sup>.

Posteriormente diversas providencias inadmitieron recursos de amparo en casos de prácticas policiales de cacheo e identificación<sup>44</sup>.

La STC 341/93, al plantearse la cuestión de la constitucionalidad de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana en lo referente a la identificación de personas, insiste en esta dirección: el art. 17 CE en principio se refiere a las detenciones judiciales, pero no a otro tipo de detenciones, como por ejemplo, la efectuada para identificar a un interesado, a pesar de que en estos casos la privación de libertad puede no ser ya momentánea, sino tener una cierta duración. Y por ello no exige en tal caso la asistencia de abogado, a la que en principio se refiere el art. 17.3. Según la STC, “no resulta inexcusable que la identificación misma haya de llevarse a cabo necesariamente en presencia o con la asistencia de abogado, *garantía ésta cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido* (STC 196/87, FJ 2º)”. Continúa diciendo la sentencia que ninguna de estas garantías constitucionales –recordatorio del derecho a no declarar y asistencia obligatoria de abogado– son indispensables para la verificación de unas diligencias de identificación que, vale reiterar, no permiten interrogatorio alguno que vaya más allá de la obtención de los «datos personales» a los que se

---

<sup>43</sup> No obstante, en la propia sentencia el Tribunal Constitucional considera que esa doctrina debe matizarse cuando la prueba se pretende realizar con una persona que se encuentra privada de libertad, en situación de detención preventiva ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, por una decisión policial.

<sup>44</sup> CASTILLO BLANCO, F., *La Ley de Seguridad Ciudadana: Reflexiones sobre algunos puntos controvertidos*, en la *Revista de Administración Pública* 130, 1993, pág. 452.

refiere el repetido art. 9.3 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana. Como consecuencia, consideró que el art. 20.2 de la citada Ley no era inconstitucional.

En igual sentido se ha venido pronunciando el Tribunal Supremo, aunque poniendo el acento en el dato de la momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano. Según la STS 9-04-1999 (Ar. 3111), debe distinguirse entre la detención contemplada en el art. 17 CE, y las simples retenciones o provisionales restricciones de la libertad que requieren de modo inevitable la práctica de determinadas diligencias no dirigidas en principio contra la libertad ambulatoria *strictu sensu*, como sucede con las pruebas de alcoholemia, la identificación o los cacheos, diligencias policiales que se hallan amparadas por el artículo 11.1 f) y g) de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (STS de 27 de septiembre de 1996, entre otras muchas). En el mismo sentido, la STS de 15 de abril de 1993 (Ar. 3334) recuerda que “no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el art. 17 de la Constitución con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto”, y que la diligencia de cacheo –superficial– e identificación no está sujeta a las mismas formalidades que la detención<sup>45</sup>.

De todo ello cabe concluir que la jurisprudencia acoge un concepto restrictivo de la detención, limitada a la detención como medida cautelar dirigida a fines propios del proceso penal, que se contrapone a la medida gubernativa, a la que no es aplicable lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 17 CE<sup>46</sup>. La conclusión de todo ello es clara: si en tales casos no cabe hablar de la detención contemplada en el art. 17 CE, no cabe invocar un derecho fundamental a la asistencia de abogado.

Ahora bien, esto supuesto, ocurre que la posibilidad de asesoramiento se encuentra prevista por la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públi-

---

<sup>45</sup> Vid. también STS (Sala de lo Penal) de 2 de febrero de 1996 (Ar. 789), 7 de julio de 1995 (Ar. 5389), 24 de mayo de 1996 (Ar. 4020), 4-06-1997 (Aranz. 4564). Sobre ello, AGIRREAZKUENAGA, I. y ARTETXE PALOMAR, E., *Síntesis en materia de orden y seguridad*, en la *Revista Vasca de Administración Pública*, 61, 2001, pág. 255.

<sup>46</sup> Sobre el concepto restrictivo, vid SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Identificación del indocumentado: comentario del art. 20 de la Ley orgánica 1/1992 de 21 de febrero*, en la *Revista Española de Derecho Administrativo* (REDA) 80, 1993, pág. 640 ss, con cita de jurisprudencia. Se habla también de una *inmovilización* del ciudadano por el tiempo imprescindible para la práctica de una diligencia policial como consecuencia del sometimiento a las normas de policía (C. SALIDO, *op. cit.*, pág. 177 y 181).

cas y del procedimiento administrativo común con carácter general en las actuaciones administrativas. Sobre esta base, ¿cabe reclamar por parte de un interesado la asistencia jurídica? En principio, no parece que pueda negarse tal derecho, siempre que ello no suponga ir contra la propia naturaleza de las cosas. Por ejemplo, en un control de alcoholemia o en un cacheo, si el interesado va acompañado de abogado o puede disponer de él sin demora, la Administración actuante no puede negarse a que éste preste asistencia. En cambio, carecería de sentido tener que suspender el control de cuestión hasta que pudiera encontrarse presente alguien para asesorar al interesado.

Por otra parte, la asistencia jurídica en determinados supuestos de privación de libertad no momentánea por parte de la Administración se encuentra expresamente contemplada. Piénsese en la detención del extranjero, contemplada como tal detención en el art. 61.1d) de la Ley de Extranjería, o en el internamiento (art. 61.1.e).

En ocasiones la detención puede producirse por hechos sobre los que en un primer momento puede ser difícil discernir si pueden ser constitutivos de infracción penal o administrativa. Por ejemplo, si hay una prueba de alcoholemia, en principio puede desconocerse si de ello va a poder derivar una responsabilidad penal o administrativa; lo mismo ocurre en los casos de tráfico o consumo de estupefacientes. La detención incluso puede dar lugar a consecuencia penales (por ejemplo, por un delito de resistencia o desobediencia). La cuestión es importante, porque si lo que se imputa es un hecho punible, el derecho a la defensa surge desde el primer momento (art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)<sup>47</sup>.

En cualquier caso, en los supuestos de restricciones administrativas a la libertad no existe una regulación específica de los derechos de los interesados, ya que la regulación sobre la detención se encuentra fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 520–527). Existe por ello una tendencia a aplicar las normas de esta Ley a todo tipo de detenciones por actuaciones administrativas.

Por otra parte, la jurisprudencia ha impuesto ciertos límites. Así, como hemos visto, la STC 341/93 ha señalado que la detención para identificación

---

<sup>47</sup> Vid. la precisión de la STC 107/85, según la cual sólo tras el resultado positivo de la prueba de alcoholemia, de la que surgen indicios de responsabilidad penal, cabe hablar técnicamente de detención, con los efectos previstos en el art. 17.3 CE.

prevista en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana lo es a esos solos efectos, de lo que cabe deducir que si como consecuencia de la identificación procede realizar nuevas actuaciones, ya nos estamos moviendo en otro nivel, en el que sí puede ser invocado el derecho a la asistencia jurídica.

En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Granada de 2-09-02 (Ar. 2002/279906) alude a un caso en que se detuvo a una persona para su identificación (por tenencia ilícita de cocaína) tomándose declaración en las dependencias policiales sin asistencia de abogado: la sentencia dice que esta actuación no se ajusta al 17 CE, niega validez y eficacia al acta de la declaración –por ser una prueba ilícitamente obtenida– y en consecuencia, al no existir otro dato en contra, anula la sanción.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGIRREAZKUENAGA, I. y ARTETXE PALOMAR, E., *Síntesis en materia de orden y seguridad*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 61, 2001, pág. 237 ss.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, A.: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson–Civitas, Cizur Menor, 2007.
- BLANQUER, D.: *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, Civitas–Ministerio del Interior, Madrid, 1997.
- CASTILLO BLANCO, F.: *La Ley de Seguridad Ciudadana: Reflexiones sobre algunos puntos controvertidos*, en *Revista de Administración Pública*, 130, 1993, pág. 423 ss.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El nuevo régimen disciplinario militar: reflexiones en torno a la obra “Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas”*, en *Revista Española de Derecho Militar*, 76, julio diciembre 2000, pág. 125 ss.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, Madrid 2009.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: *Sanciones administrativas*, Ed. Comares, Granada, 2008.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Derecho Administrativo español*, tomo III, EUNSA, Pamplona, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Thomson–Civitas, Madrid, 2007, tomo II.
- GUERRERO FERNÁNDEZ, P.: *Designación de abogado de oficio y justicia gratuita*, en PICÓ JUNOY, J. (dir.), *Presente y futuro del proceso civil*, Bosch editor, Barcelona, 1998, pág. 199 ss.

- MORENO TRAPIELLA, P.: *El control judicial de las sanciones administrativas en el convenio europeo de derechos humanos*, en *Documentación Administrativa*, 280–281, 2008.
- REQUERO IBÁÑEZ, J.L.: *La justicia gratuita en el orden contencioso administrativo*, en *VVAA, Justicia gratuita*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. 24, 1995.
- SALIDO VALLE, C.: *La detención policial*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: *Identificación del indocumentado: comentario del art. 20 de la Ley orgánica 1/1992 de 21 de febrero*, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, (REDA) 80, 1993, pág. 635 ss.
- TARRAGA POVEDA, J.: *La representación y defensa en juicio por graduado social*, Ed. Laborum, Murcia, 2001.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M.: *El procedimiento administrativo sancionador*, en *Justicia Administrativa, Revista de Derecho Administrativo*, número extraordinario, 2001, pág. 75 ss.

# Sobre el déficit regulador y jurisdiccional en la gestión pública del riesgo. Las referencias de un futuro régimen de responsabilidad

*Mariola Rodríguez Font*

Doctora en Derecho.  
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DÉFICIT REGULADOR. 1. El caso de la bacteria E.coli en el pepino. A. La cronología de los hechos. B. Las medidas de reacción adoptadas. C. La comunicación del riesgo: ¿se cometieron fallos en el protocolo de actuación? D. La gestión del riesgo: ¿error o incertidumbre científica? E. La trazabilidad y sus límites y alternativas. F. Propuesta de ajustes para el Sistema. 2. Contradicciones y puntos débiles de la regulación: la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición. III. EL DÉFICIT JURISDICCIONAL. 1. Las conclusiones del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad administrativa en la crisis del aceite de orujo. 2. La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las potestades de la Comisión en el caso Gowan. IV. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

La gestión pública del riesgo alimentario se caracteriza por incorporar, cada vez más, actuaciones que directa o indirectamente acarrear consecuencias adversas para los profesionales del sector. El fundamento y alcance de las potestades administrativas de actuación dentro del sistema de análisis del riesgo no está debidamente asentado, pues resulta perfectamente palpable un déficit regulador y un déficit de protección jurisdiccional en la actual intervención de los poderes públicos en la materia.

Palabras clave: Seguridad alimentaria, gestión del riesgo, incertidumbre científica, evaluación del riesgo, principio de precaución, tribunales, redes de alerta alimentaria.

Key words: Food safety, risk management, scientific uncertainty, risk assessment, precautionary principle, crisis, rapid alert systems for food.

## I. INTRODUCCIÓN

Los alimentos son un producto industrial con un origen y una finalidad particulares que permiten distinguirlos de otros<sup>1</sup>. La naturaleza los proporciona, sin perjuicio de las transformaciones a las que, con distintos propósitos, la industria les somete; y en la naturaleza revierten, de algún modo, al procurar el único e insustituible sustento nutricional del hombre.

La sociedad ha integrado la producción, distribución y consumo de alimentos en los complejos circuitos económicos, alejándolos no sólo de su primitiva finalidad (con la potenciación de sus efectos estéticos y energéticos) sino de su estrecha vinculación con la agricultura y el entorno más próximo. No hay duda que el sistema financiero ha hallado en el alimentario opciones de enriquecimiento a través de estrategias globalizadoras de sus operaciones y procesos.

La eliminación de barreras y obstáculos técnicos ha sido una prioridad que, desde los inicios del comercio internacional, ha llevado aparejada la expansión mundial de los riesgos. En la medida en que los alimentos dejan de ser naturales participando de los efectos de la industrialización, desarrollan implicaciones a nivel de salud, pero también económicas, ambientales e incluso culturales. Los efectos socioeconómicos negativos de las crisis de los últimos años –EEB<sup>2</sup>, aves con dioxinas, aceite de orujo, etc.– son ponderadamente las consecuencias más relevantes de tales episodios; que han generado pocas bajas humanas pero considerables pérdidas dinerarias.

El comercio internacional de alimentos conecta, además, prácticas reguladoras y modos de gestión del riesgo distintos. A diferencia de países como Estados Unidos, Australia o Canadá donde los científicos de las agencias independientes adoptan las decisiones, los Estados integrantes de la Unión Europea comparten el llamado “sistema de análisis”<sup>3</sup>. En este sistema, a pesar de

---

<sup>1</sup> Véase, en general, mi libro *Régimen jurídico de la Seguridad Alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

<sup>2</sup> Encefalopatía espongiforme bovina

<sup>3</sup> Tuve ocasión de realizar una descripción del sistema de análisis del riesgo y los tres elementos que lo integran –a saber, la evaluación, la gestión y la comunicación del riesgo– en “La política europea en materia de seguridad alimentaria”, *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

instaurar un modelo similar de agencias, los sujetos competentes para la decisión y, en suma, la gestión de riesgos son los poderes públicos, principalmente gobiernos y administraciones. Ejercen sus opciones considerando los dictámenes científicos de los evaluadores, a la vez que realizan, entre otros, análisis de ventajas e inconvenientes en los que barajan estimaciones económicas, sanitarias o de percepción y aceptación por el público de sus eventuales medidas.

Desde que el principio de precaución o cautela<sup>4</sup> del ámbito medioambiental se considerara de aplicación al resto de políticas de la Unión y se asentara a nivel conceptual en el contexto alimentario a través de diversas sentencias, las Administraciones comunitarias y nacionales han venido invocándolo como justificación de sus más severas intervenciones sobre las actividades privadas<sup>5</sup>. Poco se ha avanzado, sin embargo, en lo que a la fijación de sus límites se refiere. Las dudas acerca del fundamento y alcance de las potestades administrativas que conlleva se suceden en cada aplicación, no se disipan. A pesar de las iniciales expectativas de la doctrina<sup>6</sup>, no parece que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales afronten las principales cuestiones que del mismo derivan; tal vez por una insuficiente especificación, en las normas, del peso que la ciencia debe tener en el proceso decisional.

Se observa, así, un axiomático déficit regulador y un déficit jurisdiccional en la actual intervención de los poderes públicos en los alimentos.

El déficit regulador que apuntamos es claramente visible en la última de las crisis en la que nuestro país se ha visto involucrado: la crisis del E.coli. A pesar de lo que pudiera parecer, todo apunta que la actuación del gobierno alemán y la Comisión Europea ante la alerta alimentaria no fue reprochable desde el punto de vista de la legalidad vigente. Las consecuencias negativas del procedimiento seguido por Alemania, sin embargo, deben necesariamente llevar al legislador comunitario a reformular ciertos aspectos del sistema.

---

<sup>4</sup> Se utilizarán de manera indistinta en este artículo las expresiones “principio de precaución” y “principio de cautela”

<sup>5</sup> Las principales sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de primera instancia serían las siguientes: 5 de mayo de 1998 “National Farmers’ Union I”, asunto C-157/96; 5 de mayo de 1998 “Reino Unido / Comisión”, asunto C-180/96; 16 de julio de 1998 “Bergaderm”, asunto T-199/96; 21 de marzo de 2000 “Greenpeace France”, asunto C-6/99; 8 de enero de 2002 “Francia / Monsanto y Comisión”, asunto C-248/99; 11 de septiembre de 2002 “Pfizer Animal Health”, asunto T-13/99; 11 de septiembre de 2002 “Alpharma”, asunto T-70/99; 22 de octubre de 2002 “National Farmers’ Union II”, asunto C-241/01; 24 de octubre de 2002 “Walter Hahn”, asunto C-121/00; 26 de noviembre de 2002 “Artgodan”, asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00.

<sup>6</sup> Véase al respecto RODRÍGUEZ FONT, Mariola, (2007): pp. 216 y ss.

El déficit jurisdiccional se ha hecho patente, también recientemente, a propósito de distintas sentencias de tribunales nacionales y europeos. En España, las resoluciones del Tribunal Supremo, que han puesto punto y final a la discusión sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas participantes en la gestión de la crisis del aceite de orujo de 2001. A nivel comunitario, las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha fallado a favor de la Comisión en un debate sobre la legitimidad de las restricciones al uso de un producto fitosanitario sin mediar, siquiera, la sospecha científica de riesgo.

Nuestra intención en este artículo será, pues, la de analizar el déficit regulador en materia de gestión de riesgos alimentarios en una parcela concreta: la de los sistemas de alerta rápida y transmisión de información, para posteriormente significar las luces y las sombras de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, aprobada tras la llamada “crisis del pepino”. La cuestión del déficit jurisdiccional será, por último, concisamente examinada a través de los dos casos anteriormente apuntados.

## II. EL DÉFICIT REGULADOR

### 1. El caso de la bacteria *E. coli* en el pepino

#### A. La cronología de los hechos

El día 22 de mayo de 2011 la Administración alemana comunicó a través del SAPR –Sistema de Alerta Precoz y Respuesta– de la red comunitaria de vigilancia epidemiológica y de control de las enfermedades transmisibles, un aumento significativo de ciudadanos con el llamado “Síndrome Urémico Hemolítico” –SUH<sup>7</sup>.

Expertos de la Clínica Universitaria de Münster identificaron la *Escherichia coli* enterohemorrágica como la bacteria causante del brote; una mutación poco frecuente de la bacteria “*Escherichia coli*”<sup>8</sup>, la variante 0104H4, que fue aislada en las pruebas de heces de los pacientes. Este serogrupo inusual y especialmente agresivo resistente a muchos medicamentos producía en el hombre insuficiencia renal, generando unas toxinas (toxinas de Shiga o verotoxinas) dañinas para los glóbulos rojos y los riñones. El brote infeccioso, mortal en algu-

---

<sup>7</sup> Redacción de los hechos elaborada con base en la cronología facilitada por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad del Gobierno de España, en [www.msps.es](http://www.msps.es) y las informaciones ofrecidas por RTVE, en [www.rtve.es](http://www.rtve.es)

<sup>8</sup> En adelante, *E. coli*

nos casos, afectó casi exclusivamente al norte del país, siendo el principal foco la ciudad de Hamburgo.

Cuatro días después, cuando la cifra de fallecidos ascendía a tres, la Ministra de sanidad del Stadt–Land (Ciudad–Estado) de Hamburgo, Cornelia Prüfer–Storcks, señaló ante los medios de comunicación a los pepinos procedentes de Andalucía como causantes de la infección, con base en los análisis realizados por el Instituto de Higiene local. El Presidente de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición –AESAN– se puso en contacto con la Comisión Europea que, al desconocer el asunto, solicitó tiempo para recabar información.

Aquella misma tarde a las 20.30h la Comisión, previa advertencia a la Agencia española, comunicó a través del Sistema de Alerta Rápida para Alimentos y Piensos –conocido como *RASFF*<sup>9</sup>– el brote acontecido, situando su origen en dos empresas productoras de nuestro país.

El viernes 27 la Junta de Andalucía paralizaba las partidas de pepinos del lote indicado, no sin antes tomar muestras del suelo y la tierra de las explotaciones. A las pocas horas, el ejecutivo comunitario emitía comunicado en el que reconocía la precipitación en la activación de la alerta, abriendo una nueva vía de investigación que apuntaba a una posible contaminación en el momento del transporte, manipulación o envasado de los vegetales.

La mañana del día 28, el Laboratorio de Referencia de Lugo realizaba sus propios análisis; Alemania repetía sus exámenes iniciales con las muestras originales y otras nuevas; mientras la Comisión Europea, a instancias ministeriales y de la AESAN, recomendaba a los Estados miembros, ante la falta de evidencias del origen del foco, no cerrar sus fronteras.

El 31 de mayo, Prüfer–Storcks confirmó finalmente que el agente patógeno detectado en los pepinos no coincidía con el causante de la epidemia; defendiendo su actuación al encontrarse las verduras infectadas con la bacteria, aunque otra variante de la misma<sup>10</sup>. La Ministra de Agricultura alemana Ilse Aigner elogió, al día siguiente, la gestión de las autoridades sanitarias de Hamburgo; mientras la Comisión levantaba la alerta sobre los pepinos y el labora-

<sup>9</sup> Siglas en inglés de *Rapid Alert System for Food and Feed*.

<sup>10</sup> Una variante que no hubiera ocasionado estos resultados al ser las *E. coli*, según la Organización Mundial de la Salud, unas bacterias mayormente inofensivas que por lo general se encuentran en los intestinos de los animales rumiantes (vacas, ovejas, cabras).

torio de Lugo confirmaba los resultados negativos de las muestras tomadas en los almacenes hortofrutícolas.

### B. Las medidas de reacción adoptadas

A lo largo de semanas los medios de comunicación vinieron haciéndose eco de diversas medidas que, con finalidad compensatoria, podían adoptarse por el Estado Español, los particulares y organizaciones afectadas, o la Comisión Europea.

Los profesionales empresarios no descartaron, en ningún momento, la posibilidad de presentar acciones individuales y colectivas contra Alemania, alentados incluso por el propio Gobierno. Este fue el caso de Frunet o de la Unión de Pequeños Agricultores –UPA– de Andalucía que anunció el inicio de acciones legales contra el Estado alemán por el incumplimiento de la normativa europea en materia de seguridad alimentaria, en concreto por la incorrecta aplicación del principio de precaución.

Bruselas, ante la insistencia de los eurodiputados españoles “pepino en mano”, barajó distintas opciones de compensación. Una de ellas, la adopción de medidas urgentes para el sector de frutas y hortalizas, se concretó en ayudas – con un valor total de 72 millones de euros– que empezaron a llegar en el mes de agosto provenientes de fondos del presupuesto de la Política Agraria Común –PAC–.

Por lo que se refiere al Gobierno, la inicial exploración de las vías jurídicas existentes llevó a la Abogacía General del Estado a estudiar, según el Ministro de Justicia, la posibilidad de interponer el recurso por incumplimiento previsto en los artículos 258 a 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por no haberse actuado con la debida prudencia en la puesta en marcha de la alerta temprana.

La aparente indignación inicial, no obstante, dejó paso a la priorización de campañas divulgativas en orden a la recuperación de los mercados y la defensa del sector, así como apoyos financieros de carácter complementario, como una línea de financiación especial abierta por el ICO a mediados de septiembre.

### C. La comunicación del riesgo: ¿se cometieron fallos en el protocolo de actuación?

El elemento de la comunicación de los riesgos, dentro del sistema de análisis, requiere la existencia de un intercambio de información fluido y constante entre sujetos evaluadores y sujetos gestores, y de ambos con la industria, la comunidad científica y la ciudadanía en general.

Según la cronología oficial de los hechos, la comunicación ante los medios por parte de las autoridades sanitarias alemanas se hizo no solo con carácter previo a la correspondiente notificación de la alerta a través del Sistema *RASFF*, sino incluso antes de trasladar a la Comisión cualquier noticia del episodio crítico<sup>11</sup>.

Queda patente que señalar a los pepinos españoles como origen del brote infeccioso dañó la imagen de Andalucía y, por ende, del resto de la nación, pero... ¿Fue este perjuicio resultado de un comportamiento legalmente reprochable? ¿Se incumplieron, como se apuntó por políticos, productores o periodistas, los protocolos de actuación? ¿falló la Comisión Europea al emitir la alerta basándose exclusivamente en las declaraciones de las autoridades sanitarias de Hamburgo y, por lo tanto, en una única fuente científica? ¿Era preceptiva una evaluación del riesgo elaborada por la máxima autoridad en la materia?

Los veintisiete Estados miembros de la UE, la Comisión como gestora y la *EFSA* -European Food Safety Authority-, así como Noruega, Liechtenstein e Islandia participan en el actual sistema de alerta rápida<sup>12</sup>.

El procedimiento es el siguiente: cuando un miembro integrante de la red posee información relativa a la existencia de un riesgo grave directo o indirecto para la salud humana derivado de un alimento, lo debe notificar de inmediato a la Comisión; adjuntando una explicación pormenorizada de las razones de las acciones emprendidas y toda la información suplementaria que resulte relevante para que pueda ser transmitida, con la misma celeridad, al resto de los participantes<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Véase BORGHI, P., "Risk-related communication and food-related communication: what information to consumers?", *Rivista di Diritto Alimentare*, núm. 2, 2011.

<sup>12</sup> Véase el documento de la Dirección General de Salud y Consumidores de la Comisión Europea titulado "Rapid Alert System for Food and Feed in the European Union", disponible en [http://ec.europa.eu/food/food/rapidalert/docs/rasff30\\_booklet\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/food/food/rapidalert/docs/rasff30_booklet_es.pdf); Ver también, entre otros, BÁNÁTI, D. y KLAUS, B., "30 years of the Rapid Alert System for Food and Feed - An overview on the European alert network, combined with a case study on melamine contaminated foods", *European Food and Feed Law*, 2010, fasc. 1.; PETRELLI, L., "Il Sistema di allarme rapido per gli alimenti ed i mangimi", *Rivista di Diritto Alimentare*, Año IV, núm. 4, 2010; MAHY, A., "Food: clear-cut legal basis for the RASFF: Mere formalisation or a concrete move forward?", *European Journal of Risk Regulation* núm.1, 2012; RODRIGUEZ FONT, M., "Redes de alerta alimentaria y su articulación en la estructura territorial del Estado", *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 15, 2012.

<sup>13</sup> Reglamento (CE) n° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

Según el Reglamento (UE) n° 16/2011, de 10 de enero, la Comisión<sup>14</sup> –identificando de forma clara el producto, el riesgo y ofreciendo información relativa a su trazabilidad– puede emitir una de las siguientes cuatro notificaciones: notificación de alerta, de información, de rechazo en frontera y de seguimiento<sup>15</sup>.

La notificación de alerta, la que aconteció, la realiza cualquier miembro de la red a la Comisión, como tarde en un plazo de 48 horas a partir del momento en que se le comunica un riesgo, incluyendo todos los datos disponibles relativos al producto y al riesgo que genera. El hecho de que no se haya reunido toda la información pertinente no debe retrasar indebidamente la transmisión de estas notificaciones, según se señala en la normativa.

Una vez recibida, la Comisión tiene 24 horas para trasladarla al resto de sujetos, previa verificación de una lista cerrada de circunstancias. La institución europea debe analizar la “completitud y la legibilidad” de la notificación, en particular si se han seleccionado los datos apropiados de los diccionarios facilitados; comprobar la adecuación de la base jurídica considerada para los casos de incumplimiento detectados y examinar si el asunto queda dentro del ámbito de actuación de la red. Garantizará que la información esencial se facilita en un lenguaje comprensible; cotejará, en general, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el propio Reglamento e identificará los casos recurrentes (de un mismo operador profesional, un mismo riesgo o un mismo país de origen en las notificaciones<sup>16</sup>).

En este punto se disipan algunas dudas sobre la actuación de la Comisión en esta crisis. Los extremos de la notificación de alerta sobre los que debía ejercer su verificación no incluyen, en ningún caso, la exigencia de un análisis de contraste de naturaleza científica acerca del riesgo comunicado<sup>17</sup>. Su tarea fue la

---

<sup>14</sup> Reglamento (UE) n° 16/2011 de la Comisión, de 10 de enero de 2011, por el que se establecen medidas de ejecución del Sistema de Alerta Rápida para los Productos Alimenticios y los Alimentos para Animales. Sobre este Reglamento véase FERNÁNDEZ MARILGERA, E., “El Reglamento (UE) n° 16/2011 de la Comisión por el que se establecen medidas de ejecución del Sistema de Alerta Rápida RASFF”, *Revista de Derecho Alimentario*, marzo 2011, y CAPELLI, F., “Il regolamento (ue) n. 16/2011 della commissione europea sul “sistema di allarme rapido” in materia di prodotti alimentari e di mangimi”, *Alimenta vol. XIX*, núm. 4.

<sup>15</sup> Artículos 3 a 6 respectivamente.

<sup>16</sup> Artículo 8 del Reglamento (UE) n° 16/2011 de la Comisión, de 10 de enero de 2011.

<sup>17</sup> Sobre el rol de la Comisión como coordinadora del RASFF y sus poderes de intervención véase el Caso T-212/06, *Bowland Dairy Products Ltd v. Comisión*. En particular, acerca de la legitimación de la Comisión para emitir notificaciones dentro del sistema que entren en conflicto con otras realizadas por los Es-

de comprobar aspectos, en la mayoría de ocasiones, meramente formales. Quien debía constatar científicamente el origen del brote no era la Comisión sino, en todo caso, Alemania.

Tampoco era preceptiva una evaluación del riesgo por la *EFSA*. Como miembro de la red se le deben remitir todos los mensajes, con el objetivo de que pueda ejercer sus tareas de vigilancia de los riesgos derivados de los alimentos proporcionando a la Comisión y a los Estados el conocimiento necesario para su análisis. Lo cierto es que, en sentido estricto, sólo en un primer momento se prevé que pueda, subráyese el verbo, intervenir complementando la notificación con cualquier información científica o técnica que facilite una gestión del riesgo rápida y adecuada por parte de los veintisiete.

Las disposiciones relativas al *RASFF* que contiene el Reglamento (CE) n.º 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002<sup>18</sup>, inciden también, en otro orden de consideraciones, en las normas de confidencialidad aplicables al sistema de alerta, advirtiendo de que la información de que dispongan los miembros de la red en relación con el riesgo para la salud de un alimento será accesible al público. De modo similar reza el artículo 10 de esta misma norma cuando, en términos generales, establece que cuando existan motivos razonables para sospechar que un alimento puede presentar un riesgo para la salud y, dependiendo de la naturaleza, la gravedad y la envergadura del mismo, las autoridades adopten las medidas apropiadas para informar a la población.

Todo apunta a que, como hemos dicho, el ejecutivo alemán compareció ante los medios antes de emitir notificación de la alarma a la Comisión, cuestión ampliamente criticada en nuestro país. A tenor de los artículos mencionados, no parece que actuara al margen de lo permitido por el Reglamento de seguridad alimentaria, que ni tan solo aconseja respetar un orden concreto entre los dos tipos de comunicación: la interna en la Red y la externa ante la ciudadanía<sup>19</sup>.

---

tados miembros, véase LAWLESS, J., "Conflicting notifications in the EU's Rapid Alert System for Food and Feed (RASFF): 'Destabilization' in food risk communication?", *European Journal of Risk Regulation* núm. 4, 2010.

<sup>18</sup> Reglamento (CE) n.º del 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

<sup>19</sup> Sobre la importancia de los deberes de colaboración y de información en contextos de riesgo e incertidumbre, véase CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, "Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos", *Revista de Administración Pública*, núm. 178, 2009.

Como tampoco menciona, explícitamente, que la inicial notificación deba apoyarse en pruebas científicas concretas<sup>20</sup>.

Asunto distinto es, como veremos a continuación, si existían esos “motivos razonables” para sospechar que el alimento podía presentar un riesgo, que constituye en realidad el núcleo de la cuestión y el presupuesto necesario que justificaría no sólo la comunicación al público sino la propia activación de la alerta, así como el resto de medidas de gestión<sup>21</sup>.

#### D. La gestión del riesgo: ¿error o incertidumbre científica?

La decisión de Alemania y el resto de países que le siguieron de restringir, aunque fuera mediante recomendaciones, la comercialización de productos españoles fue inicialmente reprobada por entenderse como una competencia exclusiva de la Comisión.

El artículo 53.1 del Reglamento (CE) n° 178/2002, que regula las medidas de emergencia que pueden adoptarse cuando se pone de manifiesto la probabilidad de que un alimento procedente de la Comunidad constituya un riesgo grave para la salud de personas, animales o el medio ambiente, podría desmentir esta concepción. Es cierto que la Comisión puede por iniciativa propia o a petición de un Estado miembro llevar a cabo, inmediatamente y en función de la gravedad apreciada, una o varias de las siguientes acciones: la suspensión de la comercialización o utilización del alimento, el establecimiento de condiciones especiales o cualquier otra decisión provisional que estime adecuada. Esto sucederá, sin embargo, sólo en el caso de que no resulte posible, por los países afectados, controlar satisfactoriamente la situación mediante la adopción de sus propias medidas.

Debe ponerse en relación este precepto con el 50.3 del Reglamento (CE) n° 178/2002 y con las previsiones del artículo 7 dedicado al principio de precaución, para concluir si el ejecutivo tedesco podía legítimamente “limitar” en su territorio la comercialización de productos españoles.

---

<sup>20</sup> Sobre la comunicación del riesgo y su problemática observada a partir del caso del E.coli véase RODRIGUEZ FUENTES, V., “Risk Communication”, *Rivista di Diritto Alimentare*, núm. 2, 2011.

<sup>21</sup> Como ha sido determinado por el Tribunal de Primera Instancia, el notificante inicial es responsable por los daños causados a los particulares en caso de alertas infundadas o precipitadas. Véase la sentencia conocida como “Malagutti-vezinhet v. Comisión,” de 10 de marzo de 2004 (Caso T-177/02). GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “L’arrêt “Malagutti-Vezinhet”: Qui est responsable de l’information fournie par le système communautaire d’alerte rapide?”, *Revue du droit de l’Union européenne*, núm. 4, 2004.

Según el artículo 50.3 del Reglamento existen tres posibles escenarios susceptibles de motivar una notificación de alerta inmediata a la Comisión ante la eventualidad de un riesgo que requiera de una acción rápida: El primero es la adopción de medidas para restringir la comercialización de alimentos, retirarlos del mercado o recuperarlos. El segundo la emisión de recomendaciones o la llegada a acuerdos con profesionales para, voluntaria u obligatoriamente, prevenir, restringir o someter a condiciones especiales la comercialización o el uso de un alimento o un pienso. Por último, el rechazo de lotes, contenedores o cargamentos de alimentos o piensos en algún puesto fronterizo de la Unión Europea.

La clave reside en lo que se entienda por “riesgo grave para la salud” o por “incertidumbre científica” (art. 53. 1 y 7 del Reglamento (CE) n° 178/2002) respecto los efectos nocivos de un alimento, fundamento de las medidas adoptadas con base en el principio de cautela<sup>22</sup>.

Este principio, que apareció con carácter normativo por primera vez precisamente en la Alemania de los setenta, se ha invocado en varias crisis sanitarias: en la de la EEB –que lo consolidó como un principio no sólo de la legislación medioambiental sino también alimentaria– o en la “crisis del aceite de orujo”. Su aplicación permite que, cuando tras la evaluación de la información disponible se observe la posibilidad de efectos nocivos para la salud derivados de un alimento, aún existiendo incertidumbre científica, puedan legítimamente adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo a la espera de información adicional que permita una determinación más exhaustiva.

Con este enfoque precautorio –que, por otro lado, está latente en toda la legislación alimentaria del siglo XXI–, se produce una considerable ampliación de las potestades públicas de intervención: un cumplimiento escrupuloso de la Ley por los operadores del sector no les exime de ser destinatarios de medidas que puedan conllevar perjuicios económicos intensos cuando la incertidumbre sobre el riesgo se constata por los expertos.

Si bien para invocar el principio de cautela no es necesario que los “conocimientos” existentes sean lo bastante concluyentes para establecer con seguridad un nexo de unión entre alimento y riesgo, los “indicios” de dicha relación causal y de la probabilidad de un resultado pernicioso para la salud sí de-

---

<sup>22</sup> Sobre la decisión en contextos de incertidumbre véase, en general, el excelente libro de ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009.

ben ser los suficientes. El error de Alemania fue la desatinada e imprudente atribución al pepino español del origen del foco infeccioso sin, desde un punto de vista científico, haber comprobado previamente que la cepa de *E. coli* hallada en las muestras vegetales fuera la misma causante del brote infeccioso epidémico.

¿Debe entenderse que al tratarse de una equivocación –como se reconoció–, se hicieron defectuosamente o no se hicieron los exámenes protocolizados que hubieran permitido llegar a la conclusión de que se estaba ante dos distintas variantes de la bacteria? Puesto que el principio de precaución solo es justificable e invocable cuando se agotan todas las verificaciones procedimentadas y persisten, no obstante, las incertezas científicas podría, por lo menos, dudarse de su correcta aplicación en este episodio crítico.

Es imposible que podamos saber ahora si verdaderamente se debió a una falta de rigor científico, a un error, o a la precipitación de las autoridades sanitarias competentes en la gestión. Lo que queda claro es que la incertidumbre que debía mediar para poder aplicar el principio de precaución y adoptar las medidas que se tomaron, incluida la activación de la red por la notificación de alerta, podría cuestionarse.

Los principios generales de la llamada “buena gestión del riesgo” devienen especialmente importantes en el momento de invocación del principio de precaución<sup>23</sup>. El de proporcionalidad, por ejemplo, exige que las medidas adoptadas sean proporcionales al nivel de protección de la salud elegido<sup>24</sup>.

Cuando se acusó públicamente a los vegetales españoles de estar contaminados, Alemania contaba con dos centenares de casos registrados de afectados por el SUH pero solo tres personas fallecidas, dos de ellas de edad muy avanzada, ochenta y nueve y ochenta y cuatro años. En nuestro país, en teoría foco de origen de la infección, ni un solo caso. La acusación lanzada por la senadora de la ciudad hanseática se antojó desproporcionada y, sobre todo, fundada en datos epidemiológicos escasos.

---

<sup>23</sup> Véase la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución COM(2000) 1 final. Los principios generales de la buena gestión del riesgo son los de proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o de la falta de acción y el estudio de la evolución científica.

<sup>24</sup> El artículo 7 que en el Reglamento de Seguridad Alimentaria regula el principio de precaución establece que las medidas que en base a él se adopten serán proporcionadas y no restringirán el comercio más de lo requerido, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica y otros factores considerados legítimos para el problema en cuestión.

Veremos cuáles son las consideraciones de los órganos jurisdiccionales europeos acerca de la correcta aplicación del principio de precaución en caso de prosperar la anunciada demanda de ciertos productores<sup>25</sup>. Las Administraciones deben demostrar ante los Tribunales la incertidumbre, base de su decisión de aplicación del principio; y éstos entrar a valorar si la evaluación del riesgo en la que se apoyó su resolución podía o no, en aquel momento, conducir aceptablemente a ella, al tiempo que examinan la proporcionalidad de las medidas.

Como cualquier estrategia de reducción de riesgos, una incorrecta o demasiado estricta interpretación del principio de precaución puede frenar el desarrollo económico, generando un estado de inquietud, de azoramiento, al sector industrial; especialmente el alimentario que resulta, cada vez más a menudo, cuestionado

#### E. La trazabilidad: sus límites y alternativas

El “enfoque integral” de la cadena alimentaria definido bajo el eslogan “de la granja al consumidor” es el principio rector de la política de seguridad actual, que encuentra en la llamada “trazabilidad” su mejor aliado. Ésta se define como “la posibilidad de encontrar y seguir el rastro, a través de todas las etapas de producción, transformación y distribución, de un alimento, un pienso, un animal destinado a la producción de alimentos o una sustancia destinados a ser incorporados en alimentos o piensos o con probabilidad de serlo<sup>26</sup>”.

La rastreabilidad se hace imprescindible con la actual deslocalización de actividades participantes en cada uno de los eslabones de la cadena alimentaria, pues la distancia espacio temporal que media entre elaboración y consumo complica más, si cabe, el aseguramiento de la calidad que se pretende. Una partida de alimentos afectada por algún problema puede, por la industrialización a la que se somete su producción, representar la contaminación de miles de unidades; que pueden dispersarse a lo largo del planeta, expandiendo el riesgo sanitario y multiplicando sus efectos.

Los sistemas de trazabilidad conectan no sólo etapas de producción y comercialización, sino a sujetos de distintas procedencias e incluso países, como en el caso analizado. La mayoría de veces la fuente de contaminación está en el origen, sin embargo un vegetal sólo puede ser el “huésped accidental” del

---

<sup>25</sup> Que ostentan, en todo caso, la posibilidad de recurrir ante los tribunales alemanes y no sólo ante los de la Unión Europea.

<sup>26</sup> Artículo 3.15 del Reglamento n° 178/2002.

patógeno *E. coli*. El contagio en estos casos proviene, según los expertos, de restos fecales de animales bovinos y ovinos que llegan al hombre por vía oral, por el procesado de comida y agua contaminada, por manos infectadas o por el contacto directo con personas enfermas.

Mediante los sistemas de rastreo implantados, las autoridades Alemanas pudieron dar con el origen de los pepinos sospechosos. No se otorgó relevancia ninguna a la ausencia de casos en España, hecho que podría haber redirigido el momento de la contaminación a otro punto de la cadena, como el del transporte, almacenaje o el de la manipulación del producto en territorio tudesco. Parece que la invisibilidad de los procesos que suceden a la elaboración de alimentos genera inseguridad solo en momentos de duda; mientras que en períodos de normalidad la “ficción” del control de la cadena productiva despliega de forma eficaz sus efectos.

Los controles existen, y lo cierto es que crecen exponencialmente. Hay controles públicos y una indudable intensificación de la autorregulación del sector alimentario mediante autocontroles, estándares y sistemas de certificación privados. ¿Se hubieran resuelto esta y otras crisis con más controles? ¿Resulta eficaz, en realidad, el aumento de los mismos? ¿Son la única forma de evitar episodios de este tipo?

Algunas voces apuntan a la necesidad de revisión del modelo en el que basamos la seguridad de los alimentos, orientándolo hacia los postulados de la llamada “soberanía alimentaria”. Los ejes básicos de este proyecto pasan por favorecer el desarrollo de una agricultura a nivel local respetuosa con el medio ambiente, que facilite una producción sin tóxicos y propicie, por la tanto, la disminución del riesgo en el consumo. Un diseño que permita mejorar la existencia y las condiciones de trabajo de los agricultores y productores de las comunidades locales y que, al garantizar la suficiencia en el abastecimiento, reduzca cuantitativamente los sujetos intermediarios de la cadena y las transformaciones a las que se someten los alimentos, minimizando los puntos críticos susceptibles de producir contaminaciones.

La política agrícola y económica mundial, sin embargo, empujan hacia la dirección opuesta<sup>27</sup>; y la del pepino solo es, eso seguro, la primera “crisis” de esta década.

---

<sup>27</sup> Véase DELGADO CABEZA, Manuel, “El sistema agroalimentario globalizado: imperios alimentarios y degradación social y ecológica”, *Revista de Economía Crítica*, núm. 10, segundo semestre 2010, pp. 32 a 61.

## F. Propuesta de ajustes para el Sistema

La imprecisión de los conceptos que rodean al principio de precaución recomendaría, de entrada, la fijación de estándares comunitarios de refuerzo de la producción protocolizada del conocimiento científico —pruebas, análisis, contraanálisis— que en los distintos Estados miembros haya de servir de base a eventuales medidas de gestión.

Sería recomendable, asimismo, conocer qué incluye —en el contexto de sus potestades de comprobación de la alerta—, por ejemplo, la genérica obligación de la Comisión de verificar “el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Reglamento (CE) n° 178/2002”, prevista en el artículo 8 del Reglamento (UE) n° 16/2011 de la Comisión, de 10 de enero de 2011, ¿lo sería, por ejemplo, el fundamento científico de las medidas? O, sin ir más lejos, qué instancias y a través de qué medios determinan “la gravedad y la envergadura” del riesgo —artículo 10 del Reglamento (CE) n° 178/2002— que justifica una comunicación directa a la población?

Por último, la modificación del Sistema de Alerta Rápida para Alimentos. Su revisión es inaplazable en los siguientes extremos: En primer lugar, en el papel de la Autoridad alimentaria europea. Si el objetivo es que la *EFSA* se constituya en referente mundial en la evaluación de riesgos, no es concebible que su intervención en los primeros instantes de una posible crisis sea tan escasa y, además, facultativa. Si sus funciones generales son las de apoyo técnico-científico a la Comisión en la interpretación y examen de dictámenes de determinación del riesgo; si puede proporcionar asistencia en los procedimientos de gestión de crisis puestos en marcha y tiene entre sus cometidos el de formular de forma independiente y por iniciativa propia conclusiones y orientaciones que puede incluso dirigir al público<sup>28</sup> ¿porqué se empeña la propia normativa que la crea en convertirla en una “autoridad sin autoridad”? Si en la base de la gestión política del riesgo debe hallarse el dictamen experto ¿Porqué no se recurre al organismo europeo que cuenta con la mayor excelencia?

En segundo lugar, las funciones de la Comisión. A pesar de su deber de actuar con urgencia, debería poder, antes de la activación de la alerta, contactar formalmente con el país o países afectados. Así podría darles audiencia, participación, un espacio previo en definitiva en el que ofrecer datos y, si se dispusiera de ellas, evaluaciones del riesgo sobre el alimento en particular o el pató-

---

<sup>28</sup> Artículos 23 y 29 del Reglamento (CE) n° 178/2002, de seguridad alimentaria.

geno que lo amenaza. Las eventuales decisiones de gestión del riesgo, incluida la comunicación del mismo, podrían adoptarse entonces con una base más contrastada y, por lo tanto, más sólida.

En último lugar, sobre la actuación ante los medios, ya hemos apuntado que entraban dentro de lo comprensible los avisos del riesgo y las recomendaciones que se hicieron por el Estado alemán. Lo que sobrepasó, no obstante, la frontera de lo admisible fue, ante la supuesta incertidumbre y en las circunstancias en que se hallaba la investigación epidemiológica, que se señalara en el mapa a un país, infligiendo un daño del todo gratuito. Y se le apuntara sin advertir siquiera de la oportunidad de consultar a sus autoridades sanitarias sobre la detección de casos similares. Debería preverse la obligación de documentar científicamente, con análisis contrastados, el riesgo susceptible de incoar un procedimiento de alerta.

Ya sea a través de la Comisión o directamente entre Estados resulta imperativo un intercambio de información previo a la activación de la red con aquellos países que puedan aportar testimonios o resultados. Siguiendo este orden, además, se reduce en parte la probabilidad de que los verdaderos causantes de un riesgo modifiquen o destruyan los escenarios en los que se ha generado la contaminación, entorpeciendo la actividad investigadora de los países afectados, que no saben de la existencia del riesgo hasta que no se les notifica la alarma.

Toda comunicación sobre los riesgos de un alimento –improvisada o formal, existan pocos o muchos datos, incertidumbre o certeza científica– con independencia incluso del sujeto que la realice, condiciona los hábitos de los consumidores: en la mayor parte de casos suprimimos masivamente el producto de nuestra dieta por un período relativamente largo de tiempo.

Se confirma, así, un hecho que viene observándose: toda crisis alimentaria –sea real o sea ficticia– se convierte, casi sin remedio, en una crisis económica para el sector industrial.

Según cifras oficiales de la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía el cierre, al menos parcialmente, de los mercados de Alemania y otros países dentro y fuera de la UE –como Austria, República Checa, Bélgica, Rusia, Francia y Finlandia– generó, sólo en pepino, una disminución de ingresos de más de 75 millones de euros; apuntando un relevante efecto colateral: la extensión del “bloqueo” al resto de hortalizas y parte de las frutas procedentes de nuestro país.

La Federación Española de Asociaciones de Productores y Exportadores –FEPEX– estimó, en conjunto, pérdidas semanales de 200 millones de euros; sin mencionar los daños, que por invisibles fueron incuantificables, en la credibilidad del sistema de producción y distribución de todos los productos que llevan implícita la marca “España”.

## **2. Contradicciones y puntos débiles de la regulación: la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición**

Las últimas y más relevantes crisis alimentarias han coincidido en el tiempo con importantes cambios legislativos; unas veces motivándolos, otras precediéndolos. Una de ellas, la de consecuencias más terribles –la del aceite de colza–, desencadenó la aprobación de la Ley de Sanidad de 1986. Los casos de la encefalopatía espongiforme bovina y las dioxinas en las aves fueron el motor de la reestructuración orgánica y conceptual de la materia alimentaria en la Unión Europea. La primera Ley de seguridad alimentaria española, la Ley 11/2001, de 5 de julio, que creó la Agencia de Seguridad Alimentaria y Nutrición, fue aprobada en apenas días tras el episodio del aceite de orujo. Y el pasado año, un mes después de que la huerta española quedara libre de sospecha por el asunto del pepino, las Cortes Generales promulgaron la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

Esta última fue una Ley esperada. Organizada en once capítulos, se puede decir que reitera y desarrolla, fundamentalmente, aspectos básicos del actual sistema de intervención; regulando, de forma secundaria, cuestiones tradicionales ligadas a la nutrición y la publicidad.

De acuerdo con el primer artículo, el derecho a la seguridad alimentaria es “el derecho a conocer los riesgos potenciales que pudieran estar asociados a un alimento y/o a alguno de sus componentes; el derecho a conocer la incidencia de los riesgos emergentes en la seguridad alimentaria y a que las administraciones competentes garanticen la mayor protección posible frente a dichos riesgos”.

Esta noción de seguridad alimentaria sirve, de entrada, para desmarcar en nuestra legislación este concepto de otros con carácter afín que, sin traducción a nuestro idioma, se refieren en esencia al derecho de acceso a los alimentos (*food security*<sup>29</sup>).

---

<sup>29</sup> Respecto a esta noción, véase entre otros, SIMON G. A., “Concepto y gobernanza internacional de la seguridad alimentaria. De dónde venimos y hacia dónde vamos”, *Revista Española de Estudios Agrarios y Pesqueros*, núm. 224, 2009, pp. 19–45.

Lo más relevante, no obstante, resulta ser en primer lugar el establecimiento en sí de una definición o, si se prefiere, el reajuste de aquello que evoca la idea actual de la seguridad alimentaria. El concepto se circunscribe tajantemente a la idea del riesgo, siendo la Ley en sí parte de un código estratégico para su combate<sup>30</sup>.

Unidos de forma indefectible, riesgo y alimentos convergen en un derecho cuyo contenido ensalza, como la normativa que lo aloja, la trascendencia o el peso de la información en el sistema. Sean riesgos potenciales, sean de carácter emergente<sup>31</sup>, los sujetos competentes deben trasladar a los ciudadanos su existencia para que el desconocimiento no vacíe de contenido su derecho; y para que los mismos puedan ejecutar sus decisiones en la parcela de responsabilidad que también ostentan en la materia.

El deber de comunicación por los sujetos competentes es el reverso de este derecho al conocimiento. A tenor de lo que se desprende del conjunto de normas aplicables, tal obligación recae principalmente en las Administraciones, pero también en los sujetos privados que operan en el sector, pues puede sin duda hablarse de la existencia de una comunicación pública y privada del riesgo<sup>32</sup>.

Los límites del deber de comunicación por los poderes públicos han sido tradicionalmente bastante difusos. Los casos acontecidos recientemente no han hecho si no plantear dudas acerca de qué, cómo y cuando informar a la población. La determinación del momento exacto en que el derecho a la seguridad alimentaria (al conocimiento de los riesgos potenciales o emergentes) puede legítimamente reivindicarse topa todavía con algunas lagunas procedimentales en la actuación coordinada y multinivel de los organismos con competencias.

La regulación de 2011, por primera vez, trata de fijar los principios que rigen el elemento de la comunicación de riesgos. Aquello que las autoridades competentes deberán comunicar a las partes interesadas y al público en gene-

---

<sup>30</sup> Al completar otras normas específicas relativas a controles, etc.

<sup>31</sup> Se definen éstos como “el riesgo resultante de una incrementada exposición o susceptibilidad frente a un factor desconocido hasta el momento, o bien el asociado a un incremento en la exposición frente a un peligro ya identificado” Artículo 3.2.b) de la Ley 17/2011. Ejemplos de patógenos emergentes serían los priones, E.coli 0157:H7 o el virus H5N1. Los riesgos potenciales, sin embargo, no son objeto de definición por la Ley.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ FONT, Mariola, (2007): pp. 277 y ss.

ral será, lo que se denomina en la norma, “la información necesaria ante la existencia de una situación de riesgo en materia de seguridad alimentaria” (art. 26). De lo que constituye esta “información necesaria” sabemos, de cierto, cuatro aspectos. Primero, que responderá a los principios de independencia, transparencia, proporcionalidad y confidencialidad. Segundo, que le precederán procedimientos de coordinación entre administraciones competentes, “consensuados” entre éstas y los sectores implicados. Tercero, que la comunicación deberá hacerse sobre “una sólida base científica”, y por último, que la innecesaria alarma de la población y el menor perjuicio posible al operador económico serán extremos que deberán considerarse<sup>33</sup>.

El concepto jurídico indeterminado de “información necesaria” excluye, en definitiva, la obligación de las Administraciones de comunicar “toda” la información que manejan sobre la existencia de un riesgo, sobre la base de los principios que acabamos de mencionar. El Derecho a la seguridad alimentaria del artículo 1 de la Ley entendido, como expusimos, como un derecho a la información es, por lo tanto, un derecho al conocimiento de esta “información necesaria”, que es aquella que los órganos administrativos han considerado pertinente, en cada caso concreto, facilitar.

La obligación del artículo primero de la Ley de garantizar la mayor protección posible, reiterando lo dispuesto en el artículo 43 de la CE, conlleva la adopción de medidas de actuación de muy diversa índole enmarcadas en todos y cada uno de los elementos que conforman el sistema de intervención actual –a saber, la evaluación, la gestión y la comunicación de riesgos–. Sistema que da participación a sujetos de distinta naturaleza, y que promueve fórmulas de cooperación en las tareas regulatorias caracterizadas por ceder importantes espacios a la autorregulación de los particulares.

Una primera composición de lugar respecto a esta última previsión del artículo uno no puede terminar sin una breve referencia a la exclusión de res-

---

<sup>33</sup> En la definición del principio de precaución también se sigue esta última perspectiva, cuando expresamente prescribe que las medidas adoptadas en virtud del mismo no “interfieran en la actividad económica más de lo necesario para conseguir el nivel de protección de la salud deseado” (art. 7). Y los cuatro principios que deben regir la adopción de medidas preventivas y de gestión del riesgo por parte de las Administraciones no constituirían ninguna novedad si no fuera por el hecho de que se ligan asimismo a un claro objetivo: el de la menor perturbación posible a la libre circulación de personas y bienes y a la libertad de empresa (art 4). En efecto, además de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación de las actuaciones y limitaciones públicas, el “principio de mínima afectación a la competencia”, compele a los órganos competentes a escoger las medidas que menos perjudiquen el normal ejercicio de dicha libertad –sin menoscabo de la protección de la salud–.

ponsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que el artículo 141 de la Ley 30/1992 recoge respecto hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en aquél momento. Exención de responsabilidad por los llamados “riesgos del desarrollo” de la que en el contexto de la gestión de riesgos alimentarios no gozan, por mandato legal, los operadores del sector<sup>34</sup>.

El tema de la responsabilidad administrativa ha sido, aunque desde otro punto de vista, también objeto de tratamiento en la nueva normativa con el expreso asentamiento de un principio de responsabilidad en el desempeño de competencias en materia alimentaria. Existen pequeñas divergencias y desajustes lexicológicos entre lo establecido en la parte expositiva y dispositiva de la Ley que pueden alcanzar cierta dimensión y que por ello merecen mencionarse.

De entrada, la propia denominación del principio. Mientras en la primera parte se alude a un principio de responsabilidad por la acción u omisión dando, al parecer, entrada a la realidad de cómo se desenvuelven hoy las actuaciones de gestión del riesgo<sup>35</sup>; en el articulado se enlaza el principio con la noción de quebrantamiento: “compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento”<sup>36</sup>.

Resulta evidente que las desviaciones en la realización de actuaciones descritas de forma precisa por la normativa conllevan, jurídicamente, consecuencias irrefutables. La procedimentalización de las intervenciones de gestión del riesgo no es en muchos casos, sin embargo, ni tan transparente ni tan manifiesta, por lo que la constatación de un incumplimiento de los órganos admi-

---

<sup>34</sup> Art. 140 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

<sup>35</sup> ESTEVE PARDO, José: “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 119, 2003, pp. 323–346.

<sup>36</sup> Artículo 23. Compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento: “Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta Ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. En el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración afectada, pudiendo compensarse el importe que se determine con cargo a las transferencias financieras que la misma reciba. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la Administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En todo caso, en el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite, se garantizará la audiencia de la Administración afectada”.

nistrativos se complica. El motivo es simple, gozan de un margen amplio de actuación que, bajo el paraguas del principio de precaución, ampara actuaciones de envergadura e intensidad variable. Consideraciones de cariz político y científico se entremezclan en el complejo proceso decisional, de modo que sólo resulta cuestionable la legalidad de las medidas manifiestamente inapropiadas<sup>37</sup>.

Basar, por ejemplo, la adopción de una medida restrictiva sobre un alimento determinado en un informe científico constituye la forma apropiada de proceder, pero ¿y si ese dictamen no fue actualizado como sucedió en el caso del aceite de orujo? ¿No debería haberse considerado esta actuación, sin más, como un grave incumplimiento originando las responsabilidades administrativas correspondientes? Avisar de los riesgos de un producto mediante los sistemas de alerta rápida está legalmente prescrito, pero ¿no debería ser sancionable, a caso, hacerlo sin contrastar que el patógeno causante de ciertos episodios mortales era el mismo que el hallado en el alimento en cuestión?

La exposición de motivos, por otro lado, crea una expectativa que no se concreta finalmente en el articulado. Recoge, sin otra opción, que en caso de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condene a España por la actuación de alguna Administración, el importe de la sanción sea detruido en el siguiente ejercicio presupuestario de las transferencias financieras correspondientes de la Administración General del Estado. La parte dispositiva, sin embargo, despoja este recurso de toda imperatividad, convirtiendo de forma incoherente un modo de compensación de traza eficaz en una mera alternativa.

En el procedimiento de imputación de responsabilidad a la Administración autonómica de cuya actuación se hubieran derivado las responsabilidades comunitarias se prevé explícitamente un trámite de audiencia. Esta exigencia en apariencia obvia es en modo alguno baladí.

La gestión del riesgo de los poderes públicos se desarrolla en un contexto no sólo dominado por la incertidumbre científica, también por la incertidumbre jurídica generada por una disparidad de autoridades y competencias que se

---

<sup>37</sup> Véase ESTEVE PARDO, José: "Principio de precaución. El Derecho ante la incerteza científica", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 2003, pp. 689-700; REBOLLO PUIG, Manuel/IZQUIERDO CARRASCO, Manuel: "El principio de precaución y la defensa de los consumidores", *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, 2003, pp. 185-236; CIERCO SIEIRA, César: "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español", *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004, pp. 73-125. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 305 y ss.

comparten y solapan en fronteras de actuación difusas. Fronteras cuyos confines no alcanzan a organizar las normas, que rechazan la concreción en un escenario que cada vez más la requiere. El trámite de audiencia a las Administraciones autonómicas en los procedimientos administrativos y judiciales de imputación de responsabilidad debería servir, en casos dudosos, para concretar y dar una visión actualizada del reparto de competencias relativas a la seguridad alimentaria y su propio contenido, dictando resoluciones coherentes con las disposiciones que la Constitución y los Estatutos de Autonomía han alcanzado, tan solo, a enumerar.

La existencia de distintos niveles de Administración nos lleva en último lugar a destacar el esfuerzo de la nueva Ley de seguridad alimentaria por fortificar la coordinación de autoridades competentes, hallándose en el texto manifestaciones de todo tipo.

En materia de comunicación de riesgos, a parte de los aspectos comentados a propósito del derecho a la seguridad alimentaria, se prevén algunas cuestiones procedimentales que merecen destacarse. Por ejemplo, el papel principal otorgado a la Administración General del Estado en la comunicación inicial a la población de riesgos que puedan afectarle cuando éstos se detecten en más de una Comunidad Autónoma y de forma coordinada con éstas. También, la posibilidad de que cuando de la situación de riesgo se estime la necesidad de una información inmediata, sea la autoridad competente, previo aviso a los operadores económicos afectados, la que se sirva de los medios de comunicación para lanzar las advertencias que juzgue precisas. La previa deferencia con estos últimos sujetos –que, cabe añadir, responderán de los costes de las comunicaciones realizadas si se confirma tal riesgo– podría perfectamente derivar de la cuestionable praxis administrativa durante el episodio del aceite de orujo, en el que se adoptaron las medidas de incautación de forma sorpresiva para los profesionales del sector<sup>38</sup>.

Otro apartado importante de la norma es el de la instauración del denominado “sistema de información”<sup>39</sup>. Este sistema, definido como de gestión integral dentro de la seguridad alimentaria, ejemplifica la intensificación de la coordinación –en este supuesto concreto, de instancias científicas– que quiere promover la Ley. Las Administraciones competentes, las universidades, las agencias autonómicas y los organismos públicos de investigación son las instancias que

---

<sup>38</sup> Véase el artículo 26.4 y 5 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

<sup>39</sup> En adelante, S.I.

—aportando evaluaciones del riesgo, dictámenes científicos, caracterizaciones de riesgos emergentes y controles oficiales— generarán la información evaluadora base de este sistema gestionado por la AESAN; y cuya misión no es otra que la de facilitar la toma de decisiones por los gestores del riesgo, entendidos éstos en sentido amplio: Administraciones, operadores y consumidores.

Este sistema de información no debe confundirse con el Sistema Coordinado de Intercambio Rápido de Información —SCIRI—. Obedecen a razones distintas. Mientras el S.I. sería, resumidamente, una base de datos científica, el SCIRI<sup>40</sup> es la red de alerta alimentaria a nivel nacional<sup>41</sup>. Del mismo modo que la RASFF europea (en la que se integra), tiene por misión lo que su propio nombre indica respecto las actuaciones que se lleven a cabo en caso de riesgos para la salud humana derivados de alimentos y piensos por las autoridades competentes (art. 25).

El papel de la AESAN, fuente medular de evaluaciones del riesgo y coordinadora e impulsora del S.I. y del SCIRI entre otros, trata de potenciarse, del mismo modo que el de los laboratorios nacionales de referencia. Estos son los encargados, principalmente, de prestar asistencia técnica y científica a las autoridades competentes; de colaborar con centros públicos y privados de investigación de cualquier procedencia (en especial el laboratorio comunitario de referencia), y de realizar los análisis y ensayos que se les soliciten (art. 33.1 y 2). Es más, se crea incluso una Red de Laboratorios de Seguridad Alimentaria cuyas funciones son las de “compartir y fomentar la acreditación de laboratorios de ensayo y métodos analíticos para el control oficial” (art. 34); siendo relevante particularmente esto último a efectos de unificar métodos de trabajo y análisis, la ausencia o deficiencia de los cuales fue determinante tanto en el caso del aceite de orujo como en el del pepino español.

Se aprecia, con todo, una indiscutible voluntad de fortalecer el elemento del análisis del riesgo con las múltiples manifestaciones que venimos apuntando: el papel de la AESAN, la instauración del Sistema de Información, la Red de Laboratorios, e incluso lo dispuesto en la parte expositiva de la Ley, cuyo séptimo apartado reza lo siguiente: “todas las disposiciones y actuaciones en materia de

---

<sup>40</sup> He tenido la oportunidad de estudiar el tema de los sistemas de transmisión de información en “Redes de alerta alimentaria y su articulación en la estructura territorial del Estado”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 15, 2012.

<sup>41</sup> Sus fundamentos se encuentran en el artículo 52 del Reglamento (CE) núm. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo. Y en el artículo 25 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

seguridad alimentaria (...) deberán estar fundadas en el conocimiento científico, a fin de evitar la arbitrariedad de los poderes públicos”. Añadiendo la intención de que dichas decisiones “se apoyen, siempre que sea posible, en el mejor y más actualizado conocimiento científico disponible”.

A esta declaración de intenciones y a la potenciación de las distintas herramientas deben añadirse previsiones como las del artículo 5, que reconoce que las políticas de seguridad alimentaria deberán basarse en el proceso de análisis del riesgo y que “en la gestión del riesgo (...) deberán tenerse en cuenta el principio de cautela, los resultados de la evaluación del riesgo, en especial, los informes y dictámenes emanados de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, y de los organismos equivalentes de las Comunidades Autónomas”.

El problema aparece cuando la utilización del principio de cautela encubre consideraciones extracientíficas, con las convive y comparte protagonismo, fundamentalmente de tipo económico, político y social.

Puesto que el principio de cautela es la principal herramienta de gestión de riesgos y en ésta es obligatoria la consideración de los resultados de la evaluación científica, la aplicación del mismo solo debería hacerse previa la necesaria y expresa acreditación de la existencia de incertidumbre científica.

La realidad de los hechos viene demostrando, no obstante, que en las ocasiones en que se ha invocado este principio los poderes públicos no han satisfactoriamente demostrado dicha incerteza. Se echa en falta, por tanto, una previsión en la Ley que, de una vez por todas, obligue a las Administraciones a probar lo que constituye la única base y fundamento de las medidas precautorias, facilitando la posterior tarea de control de los órganos jurisdiccionales. Sería suficiente añadir a la consensuada redacción de dicho principio el deber de conservar o referenciar, por parte del órgano actuante, la información científica actualizada probatoria de la existencia de incertidumbre.

La definición de este principio se ha actualizado, con todo, en otros extremos, pues el tercer apartado de mismo, de forma discreta, incluye una de las más relevantes aportaciones de la nueva regulación por cuanto amplía la naturaleza de los riesgos a los que el principio de cautela puede hacer frente.

Recoge, en este sentido, las enseñanzas derivadas de las resoluciones judiciales del caso del aceite de orujo, pero no para confirmarlas si no todo lo contrario. El último apartado del artículo séptimo prevé la utilización del principio de cautela incluso “cuando se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud de carácter crónico o acumulativo”; frente a las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia que no entendieron justificada su aplicación, en aquel caso, por no existir un “riesgo inminente ni extraordinario” contra el que reaccionar –en aplicación del artículo 26 de la Ley 14/1986, general de sanidad–.

El legislador aumenta exponencialmente, de este modo, el número de eventuales actuaciones públicas basadas en el principio de precaución, que ya no tiene que hacer frente solo a riesgos presentes. Comete además, y por último, un error de concepto grave. En el artículo veinte, dedicado a las medidas de emergencia que puede adoptar la Administración General del Estado ante la posibilidad de un riesgo causado por un alimento producido en la UE o países terceros, dispone que, en los “supuestos en que no se disponga de una evaluación del riesgo, se recurrirá, de considerarse necesario, a la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y, en su caso, al Comité Científico de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, adoptándose las medidas provisionales que se estimen adecuadas al caso. De no existir datos científicos para la evaluación del riesgo, se aplicará el principio de cautela”<sup>42</sup>.

Queremos pensar que esta optatividad del recurso a la EFSA implica la previa existencia de información científica de origen nacional utilizable, y que la consulta al Comité Científico de la AESAN puede excluirse si, ahora a la inversa, los informes europeos son suficientemente conclusivos de la incertidumbre. Si no hiciéramos esta “forzada” lectura lo predicado en otros preceptos, sobre el fundamento científico de las medidas de gestión del riesgo, se vería del todo burlado.

Lo que en apariencia no tiene justificación ni admitiría una interpretación en favor del espíritu de la Ley es la última afirmación transcrita. ¿Debe –o puede– la Ley prescribir la aplicación del principio de precaución ante la inexistencia de datos científicos? ¿En qué se basa, entonces, su utilización si no es en la falta de certidumbre de los mismos? Se otorga entonces a la Administración la capacidad

---

<sup>42</sup> Sobre las medidas ablatorias que pueden proyectarse sobre los alimentos, véase CIERCO SIEIRA, César: “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y Salud*, núm. 13, 2005, pp. 252 y ss. Del mismo autor, *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

para decidir lo que constituye un riesgo grave para la salud de las personas aunque la Ciencia no lo haya, en ningún extremo ni mínimamente, identificado o caracterizado. Resulta, de entrada, muy curioso que tratándose de un riesgo grave las instancias de evaluación lo desconozcan por completo y la Administración, en cambio, lo detecte sin someterlo a parámetros expertos. Podrá adoptar las medidas restrictivas que considere oportunas con total libertad y sin más justificación que la “posibilidad” de que aquel alimento constituya un riesgo grave.

La expansión de la ya de por sí amplia discrecionalidad administrativa en materia alimentaria, con previsiones de este tipo deviene alarmante. El legislador nacional estaría regalando impunidad a las Administraciones imposibilitando el control judicial de la actuación de las mismas; tal y como se advierte en las más recientes decisiones de los Tribunales comunitarios, magníficos ejemplos del déficit jurisdiccional que apuntábamos al inicio.

### III. EL DÉFICIT JURISDICCIONAL

#### 1. Las conclusiones del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad administrativa en la crisis del aceite de orujo

Las primeras sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en el caso del aceite de orujo no entendieron justificada la incertidumbre alegada por las Consejerías de sanidad de las Comunidades Autónomas que motivó la inmovilización cautelar y transitoria de dicho producto. Fue determinante en este sentido la palmaria inexistencia de nuevos datos sobre su cancerosidad o de nueva normativa que situara la presencia en el mismo de hidrocarburos aromáticos policíclicos –HAP– por encima de los umbrales permitidos<sup>43</sup>. Las Consejerías de salud fueron condenadas –solidariamente con la Administración central– a sufragar económicamente las pérdidas ocasionadas por la efectiva puesta en práctica, tras la activación de la alerta alimentaria, de las recomendaciones de la Directora general de proceder a la retirada del aceite de los establecimientos comerciales<sup>44</sup>; apelando a sus competencias ejecutivas y a la falta de comprobación de las informaciones transmitidas.

<sup>43</sup> Tuve ocasión de realizar un análisis jurisprudencial de esta crisis en “De nuevo sobre el caso del aceite de orujo. La STSJ de Andalucía de 5 de enero de 2006”, *Justicia Administrativa*, núm. 37, 2007.

<sup>44</sup> Resolución de la Directora General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 3 de julio de 2001, por la que se declaraba la alerta alimentaria y se aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria de productos bajo la denominación de “aceite de orujo refinado y de oliva”.

Desde hace unos meses el Tribunal Supremo, en las sentencias de los recursos de casación presentados por las Comunidades Autónomas, está haciendo valoraciones justamente contrarias a las apuntadas: sí existían datos que confirmaban la peligrosidad del producto y, por lo tanto, los perjuicios derivados de la inmovilización decidida a raíz de alerta no debían ser considerados como antijurídicos ni en consecuencia indemnizables.

El Tribunal se remite a lo que disponía el ya derogado Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, de adopción de medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor; destacando la obligación que recaía sobre todos los sujetos del sector de sólo comercializar productos seguros (artículo 3) y, lo que es más importante, utilizando la previsión del artículo 4 relativa a la valoración de la seguridad como base sobre la que construir la tesis del rechazo de responsabilidad patrimonial de toda Administración interviniente.

La ausencia de límites de la presencia de HAP legalmente establecidos con anterioridad a la activación de la alerta se despoja por el Tribunal Supremo de cualquier relevancia<sup>45</sup>, entendiéndose que a falta de regulación normativa o técnica existente, constituía obligación de las propias empresas la aplicación de los medios tecnológicos que la situación de la técnica permitía al objeto de reducir, y prácticamente eliminar, el benzopireno presente en el aceite.

Sus observaciones respecto la desvinculación de la antijuridicidad del daño causado por la alerta y la legalidad o ilegalidad del acto administrativo en cuestión constituyen, en cualquier caso, el núcleo del razonamiento del Alto Tribunal<sup>46</sup>. Concluye que el daño infligido a los operadores del sector no puede cali-

---

<sup>45</sup> En este sentido es interesante señalar cómo la normativa de 1996 y la actual de 2003 sobre seguridad general de los productos exige el contraste de las actividades y productos con una escala de referentes ordenados de forma descendente. En primer lugar, las disposiciones comunitarias específicas. Cuando no existan disposiciones comunitarias específicas la conformidad con la normativa española específica constituirá la referencia; y en su ausencia la seguridad de los productos se valorará teniendo en cuenta las normas nacionales no obligatorias que recojan una norma europea. Si tampoco estas se encontraran, las especificaciones técnicas comunitarias o, a falta de éstas, las normas técnicas españolas serían la referencia para el examen. En último término, y directamente aplicable al caso, se situaría la conformidad con los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes y la consideración de la situación de la práctica y de la técnica, y la seguridad que razonablemente los consumidores pudieran esperar.

<sup>46</sup> “La exigencia de responsabilidad de la Administración no está condicionada por la previa existencia de un acto administrativo nulo o anulable sino que, contrariamente, únicamente cabe exigir la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin que pueda vincularse la antijuridicidad con la legalidad de la actuación administrativa para reclamar responsabilidad, resultando su-

ficarse de antijurídico, considerando prueba de la diligencia de la Administración –y por lo tanto de la falta de antijuridicidad del daño– el dato de la “inmediatez” entre la activación de la alerta y la Orden ministerial dictada veintidós días después (estableciendo los límites máximos tolerables de hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aceite de orujo y los criterios aplicables al método analítico utilizable para el control de su cumplimiento).<sup>47</sup>

ficiente para ello que el perjudicado por la actuación administrativa no tenga la obligación de soportar el daño con independencia de la adecuación o no a derecho del acto administrativo causante del mismo” (FJ. 2 STS de 26 de mayo de 2010. Ponente: Excmo Sr. Agustín Puente Prieto). En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2010, recoge que “aun cuando la Alerta haya resultado anulada mediante sentencia firme (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 27 Jun. 2007) [...], la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización” (artículo 142.4 Ley 30/1992). El precepto no establece un principio de exoneración de la responsabilidad de la Administración sino que prevé la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto originador para que la responsabilidad pueda nacer, siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto – Sentencias de 16 de septiembre de 1999, 13 de enero y 18 de diciembre de 2000 –, dado que si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación resulta ilegal, la imputación del daño o la Administración «puede resultar obligada» ( Sentencia de 3 de abril de 1990)” (Ponente: Excmo. Sra. Ana Mª Sangüesa Cabezado).

<sup>47</sup> Resulta interesante observar como la Audiencia Nacional, primera en desestimar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración General del Estado, vinculó la duda sobre la antijuridicidad al procedimiento de adopción de la Alerta; entendiéndose que la activación de ésta no estaba sujeta a lo establecido en el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, siendo el procedimiento descrito vinculante en relación con la adopción de las medidas ejecutivas de inmovilización competencia de las CCAA. Remarcó que la alerta alimentaria no ordenaba nada sino que se limitaba a aconsejar la inmovilización cautelar transitoria que debía llevarse a efecto por las Comunidades Autónomas, por lo que resultaba difícil establecer la oportuna relación de causalidad. Se reconoció que dicha alerta había supuesto un daño y un perjuicio para las empresas, pero no se consideró acreditada la existencia de un daño derivado de la Administración sanitaria que los particulares no tuvieran el deber de soportar. La alerta declarada no constituyó una lesión antijurídica por entenderse ajustada al marco normativo de aplicación y sus principios. Idénticas son las resoluciones de la Audiencia Nacional en todas las sentencias analizadas: SAN de 14 de julio de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Tomás García Gonzalo); SAN de 21 de julio de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Mangas González); SAN de 13 de octubre de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Guerrero Zaplana); SAN de 3 de noviembre de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Guerrero Zaplana); SAN de 3 de noviembre de 2004 (Ilmo. Sr. D. José Guerrero Zaplana) y SAN de 10 de noviembre de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Mangas González).

En el recurso de casación (STS de 27 de junio de 2007. Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García) el Tribunal Supremo se apartó claramente de esta interpretación de la naturaleza de la alerta. Entendió que no se trataba tan sólo de un consejo, si no de una decisión, de una resolución adoptada invocando el artículo 26 de la Ley 15/1986, General de Sanidad, que concretó la medida a adoptar –la inmovilización cautelar y transitoria– y la circunstancia a la que se condicionó su levantamiento –la no superación de la presencia de HAP's del límite de 1ppb–, aunque se trasladara su ejecución a las CCAA. “Aún cuando utiliza la expresión “procede aconsejar” va más allá porque está poniendo en marcha una de las competencias que al Estado reconoce el art. 40 de la Ley mencionada, cuando en el núm. 12 le otorga competencia “sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas” para “la coordinación de los servicios competentes de las distintas Administraciones Públicas Sanitarias, en los procesos o situaciones que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional”.

Las últimas sentencias del Tribunal Supremo una década después de los sucesos son, desde nuestro punto de vista, desatinadas. Se desprende de ellas la pretensión, poco sutil, de redimir a las Administraciones actuantes de toda responsabilidad. No aclaran las dudas sobre los límites de la intervención pública en el tratamiento jurídico riesgo, si no que parecen abonar la ya de por sí excesiva discrecionalidad administrativa; engrandeciendo la percepción, cada vez más palpable, del déficit de protección jurisdiccional en esta materia.

En vía casacional, el Tribunal Supremo había confirmado en 2007 la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2004<sup>48</sup> que declaraba la resolución de la Directora General de Salud de 3 de julio de 2001 disconforme con el Ordenamiento jurídico, anulando la alerta alimentaria. En su momento, las sentencias del TSJ de Madrid supusieron un giro importante respecto la tendencia marcada por las resoluciones de la Audiencia Nacional<sup>49</sup>, que desestimaron los primeros recursos presentados por los productores de aceite contra la resolución del Ministerio de Sanidad y Consumo frustrando sus pretensiones de indemnización.

¿Porqué el Tribunal Supremo en sus recientes sentencias margina los motivos que le llevaron a confirmar la anulación de la alerta? ¿Cómo desconecta éstos de la valoración de la actuación administrativa en la determinación de la antijuridicidad del daño?

El TSJ de Madrid, apoyándose en un informe presentado como prueba pericial por una de las partes demandantes, entendió que el informe del Comité del *Codex Alimentarius* sobre Aditivos Alimentarios y Contaminantes (en el que se había basado la Administración para adoptar la medida), estaba en disposición de ésta desde 1991; y que dicho informe, aun reconociendo la existencia de un riesgo para la salud, no lo consideraba inminente ni extraordinario, requisitos ambos que –según la Ley 14/1986 de Sanidad (artículo 25) y el Real Decreto 44/1996, de 19 enero,– debían concurrir en la adopción de medidas preventivas como la aconsejada. Se interpretó que la resolución recurrida preveía medidas destinadas a “incidir clara y agresivamente en el sector, generando una alarma social desproporcionada a la realidad científica del riesgo”<sup>50</sup>. Y planteó lo siguiente: si tan importante era el riesgo y los datos en los que se basó la Administración para activar la Red de Alerta, ¿por qué hasta la Orden

<sup>48</sup> STS de 27 de junio de 2007 y STSJ de Madrid, de 20 de octubre de 2004, respectivamente.

<sup>49</sup> STSJ de Madrid, de 20 de octubre de 2004 (Ponente: Inés María Huerta Garicano) y STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2004 (Ponente: Jesús Cudero Blas).

<sup>50</sup> Fj. 3 de la STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2004.

de 25 de julio de 2001, posterior a la incautación, no se establecieron los límites permitidos de determinados HAP en el aceite de orujo? Se determinó, entonces, la falta de los presupuestos legales habilitantes para adoptar una decisión como la impugnada, lo que condujo a la anulación de las resoluciones recurridas; constatándose, aun sin decirlo expresamente, la incorrecta aplicación del principio de precaución.

El Tribunal Supremo admitió indirectamente, al ratificar la sentencia, la ausencia de nuevos datos científicos que desencadenaran en una incertidumbre científica justificante de la medida; es más, reconoció su propia desproporcionalidad. ¿No es acaso suficiente para registrar un empleo del enfoque precautorio erróneo e injustificado, bastante, en otras palabras, para amonestar a la Administración? ¿Insinúa el Alto Tribunal que los daños ocasionados por la utilización de este principio deben reputarse como “no antijurídicos” con independencia del apropiado o inapropiado manejo del mismo?

Citando de nuevo, ahora textualmente, una de sus últimas sentencias “La inmediatez entre la alerta y la Orden Ministerial, 22 días, durante los que se realizaron los análisis descritos y se fijaron las bases para la orden de referencia, demuestra la diligencia de la Administración y la no antijuricidad del daño”<sup>51</sup>. Con este párrafo el Tribunal Supremo da por aprobada la actuación en conjunto de todas las Administraciones intervinientes. Alude a informes internacionales que ponían en duda los posibles riesgos existentes para la salud, y a la obligación de las empresas de aplicar los medios tecnológicos que la situación de la técnica permitía, acusándolas de no poner en práctica “medida alguna tendente a la reducción, al menos, del benzopireno que, por otro lado, resultaba obligado a partir de lo dispuesto en la Orden de 25 de julio de 2001”.

En primer lugar, la apelación a los estudios internacionales mencionados contradice lo que el propio Tribunal Supremo confirmó en casación a la sentencia del TSJ de Madrid. Como se admitió, las conclusiones acerca de las características del riesgo a las que las investigaciones llegaban no permitían en ningún caso considerarlo ni inminente ni extraordinario.

En segundo lugar, carga sobre los productores las consecuencias de la ausencia de normativa existente y de la utilización de una práctica tecnológica generadora de la sustancia potencialmente peligrosa. Olvidando, en este punto, que la aparición e incremento de las sustancias HAP's en el aceite se había

---

<sup>51</sup> STS de 26 de enero de 2010 (Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García).

producido a partir de la implantación en España de un sistema tecnológico de extracción de aceite de oliva “propiciado y subvencionado por los poderes públicos para evitar graves problemas medioambientales que afectaban al interés general”<sup>52</sup>. Pedía a los operadores del sector, en otras palabras, que respetaran los límites de una Orden todavía inexistente, y que no aplicaran los procesos de extracción del aceite económicamente fomentados por el Estado.

Más acertado estuvo, en su momento, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, entre otros, cuando en varias sentencias –hoy objeto de revocación una a una– basó su resolución indemnizatoria en un análisis riguroso de la legitimidad de la actuación administrativa desde el prisma del principio de precaución.

El Tribunal fue rotundo cuando se dirigió tanto a la Administración Estatal como Autonómica reiterando con firmeza que la incertidumbre y el posible riesgo para la salud no amparaban cualquier medida excepcional bajo el auspicio del principio de precaución. Porque, en cualquier caso, resultaba indispensable para adoptar medidas excepcionales con base en el mismo aplicar una serie de elementos que garantizaran cierto equilibrio entre los intereses en juego.

El TSJ de Andalucía hizo algo de lo que el Tribunal Supremo prescindió: analizar uno por uno los criterios que debían seguirse en la aplicación del principio de precaución, para determinar su concurrencia en la adopción de la medida de incautación. De haber seguido este esquema no se habría, posiblemente, apartado de las conclusiones a las que llegó el órgano jurisdiccional autonómico, que resaltó lo absolutamente desproporcionado de las acciones administrativas, entendiendo que bastaba con una Orden reduciendo los niveles de las sustancias potencialmente cancerígenas (extremo confirmado por el propio lapso de tiempo en que tuvieron efectividad las mismas, sólo 14 días). Desde un punto de vista comercial la medida resultó ser, también, gravemente discriminatoria, pues nada se hizo al respecto de otros productos alimentarios con idéntico problema; y al mismo tiempo incoherente con otras prescritas en condiciones parecidas, al actuar de forma tan categórica y perjudicial respecto del aceite de orujo y no reaccionar frente el resto de alimentos con circunstancias semejantes.

---

<sup>52</sup> Por muy conocida y tradicional que resultara la técnica que debía haberse incorporado al proceso industrial tecnológico, y tal y como se reconoció por la Audiencia Nacional en el Fj. 8 de la sentencia de 14 de julio de 2004.

El Tribunal Superior consideró que las medidas adoptadas resultaban exageradas en atención a los antecedentes y la cantidad de ingesta del necesaria para detectar la posibilidad de un daño real a la salud. Siendo así, el requisito de la ponderación de ventajas e inconvenientes tampoco se juzgó satisfactoriamente superado; añadiendo que, siendo evidente que el problema era conocido de años antes y que el único factor “novedoso” fue la noticia en los medios de comunicación checos, no había nada que aportara datos objetivos suficientes que elevaran el riesgo conocido.

Coincidimos plenamente con las conclusiones a las que llegó este Tribunal y que se alejan de las deducciones a las que está llegando el Tribunal Supremo: el principio de precaución, cuando las medidas adoptadas están justificadas, no inflige un daño antijurídico. Pero puesto que las medidas pudieron notoriamente considerarse infundadas, precipitadas e innecesarias, los daños que se derivaron deberían reputarse contrarios al Ordenamiento<sup>53</sup>.

## 2. La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las potestades de la Comisión en el caso Gowan

La resolución de la Corte de Justicia europea en el ya conocido como *caso Gowan* parece seguir la estela, a nivel europeo, de sentencias como las que los últimos meses nos está obsequiando el Alto Tribunal español. Tal vez desde el asunto Pfizer<sup>54</sup> no se había presentado un escenario tan idóneo para consolidar aquello que cabe entender por una correcta gestión de riesgos; en particular, el acertado manejo por las autoridades competentes del principio de cautela. Los argumentos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea caen, uno a uno, por su propio peso; forzándonos a dudar de si en realidad la discrecionalidad de la que goza la Administración en el actual sistema de intervención sobre los alimentos tiene algún límite. Si existe, en otras palabras, algún principio, derecho u instancia con capacidad y solidez suficiente para amurallarla o, por lo menos, resistir su envite.

Los hechos, de un modo resumido, fueron los siguientes: la sociedad portuguesa Gowan impugnó ante el *Tribunale amministrativo regionale del Lazio* dos Órdenes Ministeriales de aplicación de la Directiva 2006/134/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Directiva

---

<sup>53</sup> Véase DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Justificación de las indemnizaciones por sacrificios impuestos en la lucha contra epizootias y plagas”, *InDret* núm. 4, 2011, p. 19 y ss.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002, Asunto T-13/99, conocida como “Pfizer Animal Health v. Consejo”.

91/414/CEE del Consejo a fin de incluir en ella la sustancia activa fenarimol<sup>55</sup>. Se interpuso un recurso de anulación ante dicho Tribunal en cuyo marco Gowan alegó la ilegalidad de la Directiva 2006/134 sosteniendo, en esencia, que la severidad de las restricciones al uso del fenarimol no quedaba justificada por los estudios científicos realizados durante el procedimiento de evaluación –ni las limitaciones a su uso ni la inferior duración de las autorizaciones (de 10 años pasaron a 18 meses)–.

Estas restricciones que Gowan entendió injustificadas las introdujo la Comisión en la normativa de 2006 a raíz de las “preocupaciones” de algunos Estados respecto el riesgo de interferencias endocrinas de la sustancia; a pesar de que los estudios de evaluación presentados a la Comisión a mediados de los noventa por el Estado ponente (el Reino Unido) eran, en efecto, favorables a la inclusión del fenarimol en la Directiva relativa a la comercialización de productos sanitarios (Directiva 91/414), y de que posteriores estudios complementarios demostraran que su uso no producía un riesgo más allá de lo permitido.

El órgano jurisdiccional italiano, en esas circunstancias, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial: la conformidad a Derecho de la ya citada Directiva; consciente de que el resultado de la evaluación técnico-científica realizada en su momento parecía llegar a la conclusión de que el riesgo derivado de dicho uso era admisible.

A partir de aquí, la Corte trata de examinar la validez de la Directiva de 2006 desde cuatro perspectivas: del punto de vista del principio de seguridad jurídica, de la existencia de un error manifiesto de apreciación, del principio de precaución y del de proporcionalidad<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Directiva en cuyo tercer artículo se establecía que “con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 91/414/CEE, los Estados miembros modificarán o retirarán [...] las autorizaciones vigentes para productos fitosanitarios que contengan fenarimol como sustancia activa a más tardar el 30 de junio de 2007. No más tarde de esa fecha comprobarán, en particular, que se cumplen las condiciones previstas en el anexo I de la Directiva mencionada por lo que se refiere al fenarimol, con excepción de las indicadas en la parte B de la entrada relativa a dicha sustancia activa”.

El fenarimol es un fungicida utilizado, entre otros, en tomates, pimientos, berenjenas, pepinos y melones.

<sup>56</sup> Véase un análisis extenso de esta sentencia en ALEMANNO, Alberto: “Case C-79/09, Gowan Comércio Internacional e Serviços Lda v. Ministero della Salute, Judgment of the Court of Justice of the European Union (Second Chamber) of 22 December 2010, nyr”, *Common Market Law Review*, 2011, vol. 48, nº 4.

El Tribunal de Justicia enumera con total naturalidad los estudios realizados presentados por distintos sujetos, reconociendo el dato objetivo de que ninguno de ellos concluye que los riesgos de la sustancia vayan más allá de los niveles aceptables. No cuestiona, incomprensiblemente, el hecho de que “las preocupaciones” de distintos Estados miembros sobre los posibles efectos del fenarimol en el sistema endocrino hayan impulsado una decisión de la Comisión de restricción sin, por lo tanto, sustento o base científica alguna.

Lisa y llanamente da por correcta la postura de la Comisión y de forma cuanto menos atrevida considera que los “elementos científicos” invocados por algunos Estados, “varios estudios e informes” remitidos por la Comisión y el hecho de que los trabajos de la OCDE destinados a desarrollar directrices de ensayo para perfeccionar la evaluación de las propiedades de interferencia endocrina no habían concluido en la fecha de adopción de la Directiva 2006/134, constituían evidencia suficiente de la existencia de incertidumbre científica y en consecuencia de una adecuada aplicación del principio de precaución<sup>57</sup>.

Pero... ¿qué son los “elementos científicos” invocados? ¿A caso una nueva categoría de evaluaciones del riesgo? Y ¿en qué estudios se basa la Comisión? ¿qué órgano especializado los rubrica y porqué su anonimato? ¿Es de recibo la adopción de una medida restrictiva usando como justificación un inconcluso asentamiento de criterios?

La Corte reconoce que para el mantenimiento al mismo tiempo de un alto nivel de protección del medio ambiente y de la salud humana y animal, cabe reconocer a la Comisión una “amplia facultad de apreciación” en el momento de evaluar los riesgos del uso de estas sustancias que no escapa [aunque nos esté pareciendo todo lo contrario] al control judicial<sup>58</sup>. Y como colofón añade que “aunque la Comisión está obligada a tener en cuenta la evaluación científica preparada por el Estado miembro ponente, esta evaluación no vincula a la Comisión ni, en su caso, al Consejo, quienes (...) conservan el derecho a adoptar medidas de gestión de riesgos distintas de las propuestas por el Estado miembro ponente”. Para sumar más tarde que la discrecionalidad del legislador comunitario en el contexto de adopción de medidas de gestión de riesgos es amplia y que “este ámbito implica tomar, en particular, decisiones de naturaleza política y reali-

---

<sup>57</sup> Sobre el tipo de incertidumbre susceptible de legitimar la aplicación del principio de precaución, véase ALEMANNO, Alberto: *Trade in Food – Regulatory and judicial approaches in the EC and the WTO*, Cameron May, 2007, pp. 131-132.

<sup>58</sup> Fundamento jurídico 55.

zar apreciaciones complejas. Sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida” (Fj. 82).

Desde nuestro punto de vista, las “preocupaciones” de uno o quince Estados miembros no constituyen una prueba científica. La Administración europea no debería poder separarse de la evaluación de riesgos que se halla en la base de una Directiva introduciendo limitaciones jurídicas sin aportar nuevas evidencias. Y, de una vez por todas, el peso específico de la fase de evaluación dentro del sistema de análisis se debería instaurar y elevar por encima de otras estimaciones e intereses<sup>59</sup>.

Discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, pero si los tribunales se escudan en ella para eludir su tarea de control de la actividad administrativa, las resoluciones de este tipo se sucederán irremediablemente, y con ellas la convivencia de los poderes públicos en los atropellos a los derechos de particulares y empresas.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ALEMANNI, ALBERTO, *Trade in Food – Regulatory and judicial approaches in the EC and the WTO*, Cameron May, 2007, pp. 131–132.

“Case C-79/09, Gowan Comércio Internacional e Serviços Lda v. Ministero della Salute, Judgment of the Court of Justice of the European Union (Second Chamber) of 22 December 2010, nyr”, *Common Market Law Review*, núm. 4, vol. 48, 2011.

BÁNÁTI, D. y KLAUS, B., “30 years of the Rapid Alert System for Food and Feed - An overview on the European alert network, combined with a case study on melamine contaminated foods”, *European Food and Feed Law*, 2010, fasc. 1.

BORGHI, P., “Risk-related communication and food-related communication: what information to consumers?”, *Rivista di Diritto Alimentare*, núm. 2, 2011.

---

<sup>59</sup> Sobre las diferencias del peso de la ciencia en la toma de decisiones en el sistema norteamericano y europeo, véase TODT, Oliver, “Entre demanda social y regulación: la seguridad alimentaria”, *Revista CTS*, núm. 10, vol. 4, 2008, pp. 183–195.

- CAPELLI, F., “Il regolamento (ue) n. 16/2011 della commissione europea sul “sistema di allarme rapido” in materia di prodotti alimentari e di mangimi”, *Alimenta* vol. XIX, núm. 4.
- CARRILLO DONAIRE, JUAN ANTONIO, “Seguridad y calidad productiva: de la intervención policial a la gestión de riesgos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 178, 2009.
- CIERCO SIEIRA, CÉSAR, “El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004, pp. 73–125.
- “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y Salud*, núm. 13, 2005, pp. 252 y ss.
- Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.
- DELGADO CABEZA, MANUEL, “El sistema agroalimentario globalizado: imperios alimentarios y degradación social y ecológica”, *Revista de Economía Crítica*, núm. 10, segundo semestre 2010, pp. 32 a 61.
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, “Principio de precaución. El Derecho ante la incerteza científica”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 2003.
- “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 119, 2003.
- El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid–Barcelona, 2009.
- FERNÁNDEZ MARILGERA, E., “El Reglamento (UE) nº 16/2011 de la Comisión por el que se establecen medidas de ejecución del Sistema de Alerta Rápida RASFF”, *Revista de Derecho Alimentario*, marzo 2011.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “L’arrêt “Malagutti-Vezinhet”: Qui est responsable de l’information fournie par le système communautaire d’alerte rapide?”, *Revue du droit de l’Union européenne*, núm. 4, 2004.
- LAWLESS, J., “Conflicting notifications in the EU’s Rapid Alert System for Food and Feed (RASFF): ‘Destabilization’ in food risk communication?”, *European Journal of Risk Regulation*, núm. 4, 2010.
- MAHY, A., “Food: clear-cut legal basis for the RASFF: Mere formalisation or a concrete move forward?”, *European Journal of Risk Regulation*, núm.1, 2012.
- PETRELLI, L., “Il Sistema di allarme rapido per gli alimenti ed i mangimi”, *Rivista di Diritto Alimentare*, Año IV, núm. 4, 2010.

- REBOLLO PUIG, MANUEL/IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL, “El principio de precaución y la defensa de los consumidores”, *Documentación Administrativa*, núm. 265–266, 2003.
- RODRÍGUEZ FONT, MARIOLA, “La política europea en materia de seguridad alimentaria”, *La seguridad integral europea?* Lex Nova, Valladolid, 2005.
- Régimen jurídico de la Seguridad Alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Madrid–Barcelona, 2007.
- “De nuevo sobre el caso del aceite de orujo. La STSJ de Andalucía de 5 de enero de 2006”, *Justicia Administrativa*, núm. 37, 2007.
- “Redes de alerta alimentaria y su articulación en la estructura territorial del Estado”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 15, 2012.
- RODRÍGUEZ FUENTES, V., “Risk Communication”, *Rivista di Diritto Alimentare*, núm. 2, 2011.
- SIMON G. A., “Concepto y gobernanza internacional de la seguridad alimentaria. De dónde venimos y hacia dónde vamos”, *Revista Española de Estudios Agrarios y Pesqueros*, núm. 224, 2009, pp. 19–45.
- TODT, OLIVER, “Entre demanda social y regulación: la seguridad alimentaria”, *Revista CTS*, núm. 10, vol. 4, 2008, pp. 183–195.



JURISPRUDENCIA





## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### **El incumplimiento del plazo de elaboración del Plan de Ordenación del Territorio del litoral de Huelva y su trascendencia**

*M<sup>a</sup> del Amor Albert Muñoz*

Letrada de la Junta de Andalucía

#### I. INTRODUCCIÓN

Las Sentencias del Tribunal Supremo cuyo comentario pretendemos realizar, han de ser contextualizadas en el marco de los pronunciamientos de distintos órganos judiciales respecto de los Planes de ordenación del Territorio, tanto respecto de los Planes Subregionales como respecto del propio Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía.

De los once Planes de Ordenación del Territorio aprobados en Andalucía hasta el año 2011, y sin perjuicio de las impugnaciones de algunos de ellos, los que más problemática han implicado desde el punto de vista de su control jurisdiccional, han sido, junto al Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía (POTA), los Planes Subregionales correspondientes a la Bahía de Cádiz y al Litoral Occidental de Huelva. Precisamente a este último, al del Litoral Occidental de Huelva, se refieren las dos Sentencias cuyo comentario abordaremos.

Mientras que la Sala de Málaga del TSJA se ha pronunciado desestimando los recursos interpuestos contra el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, POTA, en Sentencias de 7 y 23 de diciembre de 2010, confirmando la adecuación a Derecho del Decreto 206/2006, de 28 de noviembre, y rechazando, entre otros vicios de nulidad, el del incumplimiento del plazo para su aprobación al que las partes pretendían dar efecto invalidante, no es esa la suerte que han corrido los Decretos enjuiciados por la Sala del TSJA de Sevilla, que ha anulado los Decretos de aprobación de los dos Planes Subregionales enjuiciados (Cádiz y Huelva), precisamente por el único motivo del incumplimiento del plazo para su elaboración.

En efecto, ambas Sentencias del Tribunal Supremo, objeto de nuestro comentario, las dos del 8 de marzo de dos mil doce, dictadas respectivamente en los Recursos de casación números 2305/2008 y 4912/2008, estiman los recursos interpuestos por la Junta de Andalucía, casando las Sentencias recurridas, y dictadas por la Sección Segunda de la Sala de Sevilla Del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en los recursos números 47/2007 y 813/2006.

En ambas Sentencias del TSJ de Sevilla, la Sala de instancia, estimando los recursos interpuestos por el Ayuntamiento de Punta Umbría, en el primer caso, y por la Asociación de Promotores de Turismo Residencial y Deportivo de Andalucía, en el segundo, anulaban el Decreto 130/2006 del Consejo de Gobierno de 27 de junio de 2006, por el que se aprobaba el Plan de Ordenación del Territorio de la Comarca del Litoral Occidental de Huelva y creaba su Comisión de Seguimiento (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 136, de 17 de junio de 2006), por considerarlo contrario al Orden Jurídico.

Es de destacar que en ambos casos, aún con algunas diferencias en el curso del procedimiento por algunas cuestiones suscitadas en uno y otro recurso, y a las que nos referiremos, el fundamento esencial y único para declarar la nulidad del Decreto impugnado, era la misma: la superación por el Decreto impugnado del plazo de un año fijado por el Decreto 52/1999, de 2 de marzo, que acordó la incoación del procedimiento necesario para su formulación y aprobación.

Ambas Sentencias de instancia no abordaban, en esencia, más cuestión que ésta, la del incumplimiento del plazo para la elaboración del Plan y la consiguiente anulación del Decreto por ese defecto formal al que ambas sentencias daban el carácter de defecto esencial, si bien en un caso (recurso 47/2007) expresamente se referían al instituto de la caducidad, entendiendo que se habría producido una suerte de caducidad del procedimiento, mencionando el artículo 63 de la Ley 30/1992, y en el otro caso (recurso 813/2006), el incumplimiento de dicho plazo se reputaba por la Sala como esencial, por afectar a la seguridad jurídica, determinando también la nulidad del Decreto, puesto que de otro modo (de incumplirse dicho plazo) se produciría un desfase entre la ordenación realizada y la realidad.

“La última diferencia entre ambas sentencias de instancia y que resulta trascendente de cara al análisis de las dos Sentencias dictadas en casación, es que en el Recurso 47/2007, la sentencia recurrida partía de un dato erróneo, o, más precisamente, la Sala no tuvo en cuenta el hecho de que existía un documento, obrante en las actuaciones, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 16 de mayo de 2006, que implicaba una prórroga del

plazo. Es decir, la Sala desconocía la existencia de dicho documento, con independencia de la valoración que del mismo pudiera hacer. En el otro Recurso, el 813/2006, la Sala de instancia sí enjuicia y valora la existencia del referido documento, si bien le niega la virtualidad pretendida en orden a implicar prórroga alguna del plazo inicial.

Ambas Sentencias del Tribunal Supremo son estimatorias del recurso de casación, anulando las recurridas, si bien, como veremos, por motivos distintos, y ordenando la retroacción de actuaciones para que, en ambos recursos la Sala de instancia se pronuncie sobre el resto de las cuestiones suscitadas por los actores y en las que no se había entrado por estimar ese vicio formal de incumplimiento del plazo.

La situación creada tras la estimación del recurso de casación nos vuelve a colocar ante la necesidad de enjuiciamiento del Decreto 130/2006, por el que se aprobaba el Plan de Ordenación del Territorio de la Comarca del Litoral Occidental de Huelva y creaba su Comisión de Seguimiento (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 136, de 17 de junio de 2006), seis años después de su aprobación, y ante un eventual panorama en el que, potencialmente cualquiera de las partes que obtenga sentencia desestimatoria podría formular un nuevo recurso de casación, con lo que ello supone, dilatando la definitiva solución del asunto.

## II. RESUMEN DE LA SENTENCIA

En línea con el carácter extraordinario del recurso de casación, aunque sustancialmente coincidentes en esencia en lo que se refiere al pronunciamiento final estimatorio, -con retroacción de actuaciones para el dictado de nueva sentencia en la que se resuelvan los restantes argumentos de impugnación deducidos, al margen de lo relativo al plazo de aprobación del Plan Territorial, que es descartado como vicio invalidante en los términos enjuiciados-, ambas sentencias realizan un discurso distinto habida cuenta las diferencias entre las sentencias de instancia recurridas y que ya hemos destacado en nuestra introducción y los motivos de casación formalizados.

### **1. Sentencia de 8 de marzo de 2008, Recurso de casación Número 2305/2008. Ponente Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez**

Aunque ambas sentencias del Tribunal Supremo son de la misma fecha, nos centraremos en primer término en la Sentencia resolutoria del recurso de ca-

sación contra la dictada en el Recurso 47/2007, Sección 2ª TSJA, Sevilla, interpuesto por el Ayuntamiento de Punta Umbría, ya que esta Sentencia de instancia es de fecha anterior a la recaída en el recurso 813/2006, y en ella la Sala no enjuició el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de mayo de 2006.

La Sentencia de casación aborda los motivos articulados en el recurso, tres por el cauce del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden contencioso-administrativo (en adelante LRJCA) y el último por el del artículo 88.1.d) de la misma Ley.

Para el análisis de los motivos denunciados la Sala de casación transcribe el esencial fundamento de la Sentencia recurrida, el fundamento de Derecho Tercero:

*«[...] El Decreto 130/2006, de 27 de junio, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la comarca del Litoral occidental de Huelva, trae causa del Decreto 52/1999, de 2 de marzo, por el que se acuerda la formulación del plan de Ordenación del Territorio de la comarca del Litoral Occidental de Huelva, que fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 8 de abril de 1999. Es decir, el proceso de elaboración del Plan de Ordenación del Territorio de la Comarca del Litoral Occidental de Huelva se inicia y formula mediante Acuerdo de 8 de abril de 1999 del Consejo de Gobierno y no culmina sino con su aprobación mediante el Decreto objeto del presente recurso de 27 de junio de 2006. Esto es, el proceso de elaboración y aprobación ha tardado más de siete años. Debiéndose poner de manifiesto que la Ley 1/94, prevé en su art. 13 que: “1. Corresponde al Consejo de Gobierno acordar la formulación de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, a propuesta del Consejero de Obras Públicas y Transportes de oficio o a instancia de las Corporaciones Locales. 2. Antes de elevar su propuesta, el Consejero de Obras Públicas y Transportes dará audiencia a las Corporaciones Locales afectadas por el ámbito del Plan. 3. El acuerdo establecerá el ámbito, los objetivos generales que habrán de orientar su redacción, la composición y funciones de la Comisión de Redacción y el procedimiento y plazo para su elaboración. 4. En la Comisión de Redacción participará una representación de los municipios afectados. 5. Redactado el plan, se someterá a información pública, por un plazo no inferior a dos meses, y audiencia a las Administraciones y Entidades Públicas afectadas por razón de su competencia. 6. El plan será aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno, dando cuenta al Parlamento y publicándose en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía para su efectividad”.*

*Esto es, se ordena que el acuerdo del Consejo de Gobierno recogerá el procedimiento a seguir y el plazo para su elaboración; el Decreto 52/1999 recoge que “el plazo para la elaboración del Plan será de un año a partir de la publica-*

ción del presente Acuerdo” y su publicación se produjo el 8 de abril de 1999. Que existe un incumplimiento del plazo es evidente, no consta siquiera ni antes, como hubiera sido necesario, en su caso, ni después del transcurso del plazo, una prórroga del mismo; nada se nos dice al respecto y no aparece acuerdo del Consejo de Gobierno a dicho efecto. Plazo de un año establecido, cuya previsión legal y cuya concreción mediante el Acuerdo visto, ha de entenderse que alguna significación jurídica posee y que jurídicamente no puede ser indiferente que se cumpla o no, lo que a nuestro entender resulta una obviedad que por ello no exige mayor justificación, y cuyo análisis nos descubre el mismo fundamento y naturaleza que la caducidad, sino fuera por el peculiar mecanismo en su establecimiento, en tanto que no lo impone directamente la ley, sino el Acuerdo de inicio del expediente, aunque vinculado estrechamente a dicha autorización legal. Con todo, el establecimiento de dicho plazo para la elaboración del Plan, se nos descubre esencial dentro del procedimiento articulado; los planes subregionales, como el que nos ocupa, poseen una innegable vocación de organizar determinadas áreas geográficas supramunicipales con características homogéneas o necesitadas de infraestructuras, equipamientos o recursos, con intención prospectiva y vinculante, en el que se hace de todo punto necesario los análisis globales o integrales y los diagnósticos, por lo que si es evidente que cumplen una finalidad definida legalmente, en función de la complejidad de los análisis y diagnóstico, van a precisar un tiempo más o menos largo de elaboración, de ahí que la ley le otorgue dicha facultad al Consejo de Gobierno, el cual debe fijarlo en atención al conjunto de factores que inciden en el procedimiento de elaboración; mas, a nuestro entender, por la naturaleza y función de estos planes, un plazo excesivamente dilatado en su elaboración, cuándo se requiere análisis de la realidad para procurar aportar las soluciones, vinculaciones y directrices que precisa el ámbito espacial al que se contrae el plan, conlleva inevitablemente la ineficacia de la función llamada a cumplir por dicho plan, es la propia parte actora la que nos pone en evidencia con varios ejemplos como se prevén infraestructuras ya ejecutadas o distintas de las previstas o la discordancia y falta de justificación entre la Memoria Informativa y la realidad, lo cual nos ilustra adecuadamente sobre la situación y nos lleva a considerar que el plazo para la elaboración del Plan resulta esencial, y su falta de cumplimiento desvirtúa la finalidad llamada a cumplir. En este caso, insistimos, se ha incumplido el citado plazo, consta que el Acuerdo de inicio es de 8 de abril de 1999, el 2 de noviembre de 1999, se constituyó la Comisión de Redacción y hasta la publicación del Decreto 130/2006, de 27 de junio, transcurrió con creces el plazo de un año. Como se deja de manifiesto, el plazo queda incumplido radicalmente, no es que ronde el año previsto sino que se produce una dilatación temporal absolutamente desmedida, además por el propio órgano que lo estableció, sin justificación alguna, sin prorrogarlo, sin que dicho incumplimiento pueda calificarse como mera irregularidad, en tanto que ha de suponerse que el establecimiento del plazo no fue injustificado, caprichoso o meramente

*voluntarista con previa disposición de incumplimiento, sino que respondía a la finalidad que la ley acoge y que responde a la vinculación entre análisis de la realidad presente y previsiones a cumplimentar para desarrollo y ejecución de los objetivos de futuro a los que responde el Plan, por lo que la naturaleza y finalidad del Plan demandaban el cumplimiento del plazo establecido por su carácter esencial, todo lo cual nos lleva a anular el citado Decreto, en tanto que el defecto formal apuntado impide cumplir su finalidad al citado Plan de Ordenación del Territorio de la Comarca del Litoral Occidental de Huelva, en base a lo dispuesto en el art. 63 de la Ley 30/92».*

Veamos los motivos del recurso.

#### A. El error material y su rectificación.

En primer lugar se denunciaba el hecho de que la Sala de instancia, había incurrido en manifiesto error material, puesto que la Sentencia fundamentaba su fallo estimatorio del recurso sólo y exclusivamente en el incumplimiento de un plazo, como se deducía de su Fundamento Jurídico Tercero, siendo así que se había solicitado rectificación al amparo del artículo 267 de la L.O.P.J. y pedido aclaración del fallo, ya que se decía que no había existido ampliación del plazo, cuando la Administración de la Junta de Andalucía aportó un documento que ampliaba dicho plazo y que no fue tenido en cuenta por la Sala de instancia.

La Sala de instancia había dictado un Auto, reconociendo el error padecido en la sentencia y, sin embargo, declarando no haber lugar a la aclaración de la misma señalando que: *“aunque resulta evidente la equivocación padecida en la sentencia al estimar el recurso por incumplimiento de un plazo y la inexistencia de su prórroga, cuando en realidad si existía, el cauce del recurso de aclaración de sentencia es inadecuado puesto que supondría de hecho sustituir la fundamentación fáctica y jurídica de la misma, y recoger un fallo o parte dispositiva totalmente contradictorio”.*

Se denunciaba Infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución; así como de los artículos 5 y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la rectificación de errores materiales de las sentencias.

El motivo es desestimado sustancialmente porque la pretensión que se formula excede de los límites del recurso de aclaración.

## B. La denuncia de contradicción interna de la sentencia y la falta de motivación.

Esta denuncia se articulaba a través de dos motivos, ambos al amparo de la letra c) del artículo 88.1 LRJCA, planteando la infracción de lo dispuesto en los artículos 209 y 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, así como de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución.

La Sala entiende que la denunciada contradicción interna no es tal, ya que lo realmente pretendido en este motivo es la rectificación del considerado como error cuya rectificación fue denegada y que lo realmente pretendido en este motivo es una revisión de hechos que no procede por el cauce empleado.

Del mismo modo también rechaza la pretendida falta de motivación, entendiendo que tampoco concurre, ya que la Sentencia de instancia a juicio del Tribunal de casación: *exterioriza explícita y motivadamente las razones que determinan su fallo anulatorio, de manera congruente con los distintos planteamientos de las partes en el litigio, tal y como se comprueba con la lectura de su fundamento tercero..... En consecuencia, podrá la Administración recurrente discrepar de las conclusiones finales alcanzadas por la sentencia impugnada, pero no imputarle los vicios de contradicción interna y falta de motivación a los que se circunscriben estos dos motivos de casación.*

## C. Respecto del cuarto y último motivo al amparo de la letra d) del 88.1 LRJCA, por no resultar aplicable la institución de la caducidad.

En este cuarto motivo la Sala analiza las infracciones que se denuncia de distintos preceptos de la Ley 30/92, en concreto los artículos 43.4, 62.2, 63, 67 y 92.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su redacción originaria anterior a la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Este cuarto y último motivo es el finalmente estimado por la Sala, y así, señala:

*“La sentencia impugnada concluye en su fundamento tercero; que antes transcribimos, que el plazo de un año para «la elaboración» del Plan de ordenación territorial del sector occidental de Huelva, establecido en el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 52/1999, de 2 de marzo, de incoación del expediente, tiene una naturaleza «esencial». También que, al haberse aprobado definitivamente el Plan territorial en cuestión el día 27 de junio de 2006, se infringió el citado plazo. Y, en definitiva, que responde a «el mismo funda-*

*mento y naturaleza que la caducidad» con la única peculiaridad del «mecanismo en su establecimiento, en tanto que no lo impone directamente la ley, sino el Acuerdo de inicio del expediente». Y anula así el Plan por haberse aprobado en un procedimiento que había caducado. Conclusión de la sentencia que vino a aceptar lo alegado al respecto por el Ayuntamiento de Punta Umbria en su demanda sobre la aplicación de caducidad al procedimiento administrativo en cuestión conforme a lo dispuesto en el artículo 44,2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

*Tal y como alega la Junta de Andalucía en este motivo de casación, esas conclusiones de la sentencia no son correctas”.*

**D. Tras la anulación de la Sentencia recurrida, retroacción de las actuaciones para que por el TSJA se dicte nueva sentencia.**

El Tribunal Supremo tras anular la sentencia recurrida habría de entrar a resolver lo que correspondiera, dentro de los términos en que aparece planteado el debate [artículo 95.2.d) LRJCA].

Sin embargo, entendiendo que buena parte de los argumentos de impugnación *requieren la interpretación y aplicación de disposiciones de derecho autonómico, en especial el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía aprobado el 28 de noviembre de 2006 (POTA) y de la Ley andaluza 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio.*, la Sala concluye en que deben retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que por la Sala de instancia se resuelva lo que proceda. Lógicamente queda fuera del enjuiciamiento la cuestión del transcurso del plazo de elaboración, por haber sido enjuiciado en sede de casación.

**2. Sentencia de 8 de marzo de 2008, Recurso de Casación Número 4912/2008 Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas**

Las variaciones de ésta respecto de la Sentencia anterior, vienen determinadas por las distintas circunstancias procesales acaecidas en la instancia. De un lado, el hecho de que la Sentencia recurrida, de 14 de julio de 2008, sí recoge y analiza el documento que se invocaba por la Administración como ampliatorio del plazo, aunque para la Sentencia recurrida en modo alguno produciría tal efecto; de otro lado, la circunstancia de que no había existido actividad probatoria en la instancia, ya que denegado el recibimiento del pleito a prueba por no haber expresado los puntos de hecho sobre los que la prueba debía versar, dicha resolución no fue recurrida por la actora; y, por último, porque la

sentencia recurrida, aunque anulaba el Decreto de aprobación del POT por el incumplimiento del plazo, no lo hacía propiamente invocando el instituto de la caducidad.

La Sentencia del TS recoge el fundamento de la recurrida en el que abordaba, para desestimarla, el argumento de la Administración según el cual el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de mayo de 2006, habría ampliado el plazo inicial:

*« (...) QUINTO.- El argumento que, como novedoso, introduce la Administración es que se amplió el plazo para su elaboración, aportando -como se ha dicho- la fotocopia de una certificación expedida en 8 de julio de 2006 por su Secretario de Actas, que acredita el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de mayo, por el que, en primer lugar, se toma conocimiento del estado de tramitación de diversos planes de ordenación del territorio, entre los que se encuentra el aquí recurrido y asimismo, “que los planes señalados en el apartado anterior sean elevados a este Consejo de Gobierno para su aprobación antes del 31 de diciembre de 2006”. Es significativo que la sentencia que anulaba el Plan de Ordenación de Territorio de la Bahía de Cádiz (recurso 1.344 de 2004) se habla dictado en 21 de abril de 2006, días antes de que se adoptara el referido Acuerdo, sin que pueda tampoco olvidarse que el Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Occidental de Huelva se aprueba en 27 de junio de 2006, días después del referido Acuerdo, que aparece adoptado cuando el Plan debía hallarse ultimado, pendiente de publicación. En primer lugar, debe manifestarse que el Acuerdo produce la desconcertante impresión de que se trata de una precipitada decisión, confusa en su formulación, ausente de un mínimo rigor y exclusivamente tendente a corregir un reiterado error; que podía previsiblemente acarrear la anulación de los Planes sobre los que aún la Sala no se había pronunciado. Y en cualquier caso, los términos en que se redacta el Acuerdo de 16 de mayo de 2006 no pueden conceptuarse como la decisión del Consejo de otorgarse una ampliación del plazo inicialmente fijado, como impropriadamente se pretende por la Dirección Jurídica de la Junta de Andalucía. A la equívoca redacción del mismo debe añadirse su manifiesta falta de motivación y la ausencia de una expresa, clara e inequívoca manifestación de su decisión de ampliar el plazo que en un principio se otorgó, en uso de la facultad que un Decreto le otorgaba a la propia Administración. No puede darse al documento el valor que se pretende por la demandada ».*

Veamos a continuación los motivos de recurso analizados en la Sentencia de casación, los tres primeros al amparo de la letra c) del artículo 88.1 LRJCA, y los dos últimos bajo la letra d) del mismo artículo.

**A. Sobre la pertinencia de la prueba acordada para comprobar si el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de mayo de 2006 había sido publicado.**

En este primer motivo, al amparo de la letra c), se había denunciado la infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales, en concreto por infracción de los artículos 60.3, 61.1 y 2, y 65 de la L.R. J.C.A. en relación con los artículos 281 y 283 de la L.E.C., relacionados todos ellos con el art. 24 de la Constitución.

El vicio alegado se vinculaba a la decisión de la Sala de acordar prueba sobre una circunstancia, la publicación o no del Acuerdo del Consejo de Gobierno, hurtando a la parte recurrente las circunstancias por las que dicha prueba se acordaba y sin que ninguna de las partes hubiera hecho discusión de tal extremo ni argumentado cuestión alguna sobre el mismo, por lo que se producía indefensión para la denunciante del vicio.

Para la Sala de casación, por el contrario, la forma en que se acuerda la practica de la prueba en cuestión, como diligencia para mejor proveer, y el hecho de que la Sala posteriormente concediera a las partes un plazo de alegaciones para valoración de la prueba, le llevan a desestimar los vicios denunciados en este primer motivo, además, señala:

*“Además, ..., la sentencia recurrida fundamenta su pronunciamiento estimatorio del recurso señalando la necesidad de cumplimiento del plazo de un año fijado por la Administración autonómica para la elaboración del Plan; y valoró el acuerdo presentado por el Letrado de la Junta de Andalucía para acreditar la existencia de una prórroga del plazo como una decisión precipitada, confusa y ausente de rigor que no puede conceptuarse, en los términos en los que aparece redactada, como una ampliación del plazo inicialmente fijado. Lo que significa que el dato relativo a la falta de publicación del acuerdo es un dato que la sentencia toma en consideración pero no constituye su ratio decidendi.*

**B. Sobre la incongruencia y la falta de motivación de la Sentencia recurrida.**

En este motivo, al amparo de la letra c), se denunciaba la infracción del artículo 218 en relación con el 219, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con vulneración del artículo 24 de la Constitución.

Se planteaban tres cuestiones en este motivo: la falta de motivación de la sentencia por no expresar los hechos probados por los que llega a la conclusión

de la existencia de un desfase entre la realidad y el Plan que justifique la esencialidad del plazo y, la consecuente anulación del mismo por el incumplimiento del plazo; incongruencia y falta de motivación porque no se expresaban las causas por las que el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de mayo de 2006 no podía ser considerado como una ampliación del plazo; y, finalmente, incongruencia omisiva por no dar respuesta a las alegaciones formuladas por la Junta de Andalucía sobre la improcedencia de aplicar al caso las normas de la Ley 30/1992, dado el carácter de disposición de carácter general del POT.

Para el Tribunal Supremo no existe la incongruencia denunciada, pero sí estima la falta de motivación de la sentencia recurrida en lo que se refiere a *“las razones por las que la Sala de instancia considera que la observancia del plazo es necesaria y que, por tanto, su incumplimiento tiene relevancia invalidante.*

*Según hemos visto, la sentencia fundamenta su decisión de anular el Plan de ordenación del Territorio impugnado en el incumplimiento del plazo de un año que la Administración había establecido en el artículo 7 del Decreto 52/1999, de 2 de marzo, para la elaboración del Plan de Ordenación Territorial; y justifica la Sala de instancia la necesidad de que dicho plazo sea observado señalando que “...en el devenir del tiempo las características que se tuvieron inicialmente en cuenta sin duda han podido alterarse, precisamente por el dinamismo de la actividad urbanística y de las necesidades que regulan su consecuente despliegue” (fundamento cuarto de la sentencia); y ello porque, según indica el mismo fundamento, “...el anuncio de una actuación normativa de tan indudable calado hace nacer expectativas e inquietudes que no pueden permanecer sin respuesta tan dilatado espacio de tiempo, sin concretarse los efectos de la decisión de la Administración en el diseño urbanístico y su incidencia sobre el derecho de propiedad de los administrados...”.*

*Vemos así que la Sala de instancia fundamenta la esencialidad del plazo establecido por la Administración autonómica para la elaboración del Plan en una potencial alteración de las características inicialmente consideradas y en la existencia de expectativas e inquietudes que no podrían permanecer sin respuesta tan dilatado espacio de tiempo. Pues bien, tal forma de argumentar no cumple con los requisitos exigidos para una adecuada motivación de las sentencias, pues el razonamiento expuesto no cuenta con soporte probatorio alguno que permita constatar que el pronunciamiento que determina la nulidad íntegra del Plan de Ordenación Territorial es objetivo y racional, ni permite conocer los criterios jurídicos en los que fundamenta su decisión ya que la sentencia no cita norma alguna en la que se sustente la conclusión de que el plazo es esencial.*

*De lo anterior se desprende que el motivo de casación segundo debe ser acogido en lo que se refiere a la ausencia de motivación de la sentencia en relación a la necesidad del cumplimiento del plazo establecido por la Administración autonómica para la elaboración del Plan de Ordenación Territorial impugnado.”*

C. Sobre la ausencia de motivación de la sentencia recurrida por la carencia de actividad probatoria que soporte el pretendido desfase entre el Plan y la realidad.

Al amparo de la letra c), se denunciaba la infracción del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas reguladoras de la prueba ya que la sentencia apoya su conclusión en un pretendido desfase que no había sido objeto de actividad probatoria alguna.

En este motivo la Sala de casación concluye que lo realmente denunciado, de nuevo, es la falta de motivación de la Sentencia, ya que la Sala apoyaba su conclusión anulatoria del plan en unos hechos que no habían sido objeto de prueba, y así, señala:

*“En efecto, en el escrito de demanda la parte actora aducía, entre otros argumentos de impugnación, la desmesurada dilación en la aprobación del Plan de Ordenación Territorial del Litoral de Huelva, lo que implicaba que el ámbito al que dicho Plan se refiere puede cambiar, haciendo inviables o por lo menos de difícil concreción determinadas actuaciones de su ordenación, habiéndose creado una serie de necesidades que al tiempo de ejecución de las previsiones del Plan pueden haber quedado obsoletas y pudiendo verse perjudicados determinados intereses que, precisamente por esa injustificada dilación, el administrado que no tiene la obligación de soportar. Tales argumentos fueron acogidos por la sentencia como razón fundamental de su pronunciamiento anulatorio, aún cuando la parte demandante no había desarrollado prueba alguna acreditativa de sus alegaciones, pues habiendo solicitado en su escrito de demanda el recibimiento del proceso a prueba, la Sala de instancia lo denegó por medio de auto de 17 de octubre de 2007, por no haber expresado los puntos de hecho sobre los que la prueba debía versar (artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de esta Jurisdicción); resolución que no fue recurrida por la actora. Por tanto, ninguna actividad probatoria se desplegó por la demandante para probar la certeza de los hechos en los que más tarde se fundamentaría la sentencia para anular el Plan, lo que constituye, como hemos visto en el fundamento anterior, un defecto de motivación de la sentencia, pues no es posible constatar la objetividad de su decisión.”*

D. Sobre la infracción de diversos preceptos de la Ley 30/1992, por indebida aplicación del instituto de la caducidad.

Respecto de este motivo, la Sentencia difiere de la dictada en el Recurso de casación nº 2305/2008, anteriormente comentada, porque a diferencia de lo allí acontecido, en este caso la Sala de instancia no invocaba, para fundamentar su pronunciamiento anulatorio, el instituto de la caducidad del proce-

dimiento, sino que fundamenta el mismo “en la esencialidad del plazo de un año fijado por la propia Administración; y ello debido a una supuesta -pero no acreditada- alteración de las características que inicialmente se tuvieron en cuenta, y al hecho de haber permanecido un largo tiempo sin respuesta una serie de expectativas e inquietudes y sin concretarse los efectos de la decisión de la Administración en el diseño urbanístico ni su incidencia sobre el derecho de propiedad. La Sala de instancia no aplica ningún precepto de la Ley 30/1992 de los que ahora en casación se citan como infringidos, ni analiza los efectos del incumplimiento del plazo en relación con el instituto de la caducidad, lo que conlleva la desestimación del motivo de casación pues los preceptos invocados no han sido relevantes ni determinantes del fallo.”

- E. Sobre la infracción de diversos preceptos de la Ley 30/1992 (56, 57, 58, en relación con el 67) respecto a la efectividad del Acuerdo de ampliación no obstante su no publicación.

Tampoco este motivo es acogido por la Sala de casación, entendiendo que el mismo incurre en contradicción interna en el modo de su formulación.

El Tribunal Supremo coincide con la fundamentación de la Sala de instancia en este punto, por cuanto si el Acuerdo pretendía tener la virtualidad de ampliar el plazo, debió ser publicado como lo había sido la disposición que pretendía modificar.

- F. Tras la anulación de la Sentencia recurrida, retroacción de las actuaciones para que por el TSJA se dicte nueva sentencia.

El Tribunal Supremo tras anular la sentencia recurrida habría de entrar a resolver lo que correspondiera, dentro de los términos en que aparece planteado el debate [artículo 95.2.d) LRJCA].

Sin embargo, entendiendo que buena parte de los argumentos de impugnación requieren la interpretación y aplicación de disposiciones de procedencia autonómica, como son la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental, el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental de la Comunidad Autónoma andaluza aprobado por Decreto 292/1995, de 12 de diciembre, y el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía aprobado el 28 de noviembre de 2006 (POTA), la Sala, al igual que en el recurso de casación 2305/2008, concluye en que deben retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sen-

tencia para que por la Sala de instancia se resuelva lo que proceda. Lógicamente queda, como en el otro caso, fuera del enjuiciamiento la cuestión del transcurso del plazo de elaboración, por haber sido enjuiciado en sede de casación.

## II. ANÁLISIS DE LOS RAZONAMIENTOS Y DOCTRINA QUE CONTIENE LA SENTENCIA. COMENTARIOS

A la hora de analizar la doctrina contenida en las Sentencias comentadas, creemos que resulta esencial diferenciar entre las cuestiones de carácter eminentemente procesal y las más ligadas a las cuestiones sustantivas objeto de discusión en el proceso.

### 1. Cuestiones procesales

#### A. La rectificación de errores materiales en las Sentencias.

Quizás sea ésta una de las cuestiones procesales de mayor interés tratadas en la Sentencia de casación, el relativo al alcance que pueda tener la revisión de errores materiales cuando éstos resulten evidentes e impliquen una alteración, incluso, de los pronunciamientos de la Sentencia que se basa en presupuestos erróneos.

La doctrina que al respecto se recoge en la Sentencia de casación en el recurso 2305/2008, es la siguiente:

*“El procedimiento sumario de rectificación de errores materiales de las resoluciones judiciales regulado en el artículo 267.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene una virtualidad reparadora limitada y no es idóneo, desde luego, para anular y sustituir una sentencia por otra de fallo contrario, como sostiene la Junta de Andalucía en su motivo. Lo impide el artículo 267.1 de la Ley orgánica del Poder judicial en relación con el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, sobre todo, el derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución (CE) y el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 CE.*

*Las sentencias de esta Sala de 19 de julio de 2007 (Casación 3888/2004) y de 16 de marzo de 2009 (Casación 7679/2005) recuerdan que la invariabilidad de las sentencias integra el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que cuando un órgano judicial se aparta sin causa justificada de lo previsto en el fallo o parte dispositiva que debe ejecutarse vulnera el artículo 24.1 CE, La jurisprudencia constitucional señala-que el*

*derecho a la intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes se integra dentro del derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos, pues el presupuesto lógico para el ejercicio del derecho del justiciable a instar la ejecución de lo juzgado es el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes [Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 2].*

*La STC 123/2011, de 14 de julio (FJ 3) resume la doctrina en esta materia y recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art 24.1 CE actúa como un límite que nos impide variar o revisar nuestras resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiésemos que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (portadas STC 50/2007, de 12 de marzo, y jurisprudencia allí citada).*

*Una de las pocas excepciones procesales a esta afirmación viene dada por el recurso de aclaración que no contraría a priori el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Es pertinente dicho remedio cuando se advierte que en la resolución judicial firme existe algún concepto oscuro o algún error material u omisión; en ese caso la Sala sentenciadora puede proceder a la correspondiente aclaración o a la corrección del error material u omisión conforme al artículo 267 LOPJ (STC 59/2001, de 26 de febrero de 2001, y jurisprudencia allí citada).*

*La función reparadora del recurso de aclaración previsto en el artículo 267 LOPJ se manifiesta en dos regímenes distintos:*

- a) La aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (artículo 267.1 LOPJ);*
- b) La rectificación de errores materiales manifiestos y los errores aritméticos (artículo 267,2 LOPJ).*

*La pretensión que se formula no se encuadra en ninguno de los supuestos del recurso de aclaración porque, en cualquiera de los dos casos expresados, se excluye, por definición “El cambio de sentido y espíritu del fallo” o “alterar los elementos esenciales de la decisión judicial” (SS-TC 55/2002, de 11 de marzo y 216/2001, de 29 de octubre).*

Con independencia de la conclusión final a que se llega al analizar este motivo del recurso en el que expresamente el Supremo señala que, en todo caso, *la omisión de toda referencia al mentado Acuerdo del Consejo de Gobierno tampoco tiene el relieve que le pretende atribuir el motivo*, lo cierto es que la doctrina aplicada, sin limitación alguna, resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva en su ver-

tiente del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y en consonancia con el principio de seguridad jurídica.

La cuestión que se nos suscita es, qué pasaría si, por el contrario, el Acuerdo cuya existencia había sido omitida sí tuviera la relevancia pretendida, es decir si en el mismo existiera, efectivamente, una incuestionable ampliación del plazo. Recordemos que lo planteado en el recurso de casación era la indefensión que se producía cuando, como en el caso, se partía de la inexistencia de un elemento fáctico, que se omitía por completo como si no existiera, y al que la Administración de la Junta de Andalucía pretendía dotar de eficacia ampliatoria del plazo inicial.

Creemos que en ese caso, la decisión de no rectificar el sentido del fallo, por exceder de los límites del artículo 267 LOPJ implicaría una innecesaria dilación en la corrección o rectificación de la decisión judicial, obligando a acudir innecesariamente a una vía casacional con la incuestionable duración que un procedimiento de este tipo implica (en el caso analizado no olvidemos que la Sentencia de instancia y el recurso de casación son de 2008, y la Sentencia de casación se dicta y notifica en marzo de 2012, es decir, cuatro años) y la consiguiente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

La negativa pues a proceder a la rectificación, en los casos en que la misma derive de un evidente error material, habría de poder ser solucionada por esta vía, en una interpretación de dicho artículo 267 LOPJ acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional recogida, entre otras, y precisamente, en su Sentencia nº 216/2001, de 29 de octubre, señalando que *“Por lo que se refiere a la rectificación de los errores materiales manifiestos, ha considerado como tales aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (SSTC 231/1991, de 10 de diciembre, F. 4; 142/1992, de 13 de octubre, F. 2). Asimismo ha declarado que la corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e in-*

*dependiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (SSTC 23/1994, de 27 de enero, F. 1; 19/1995, de 24 de enero, F. 2; 82/1995, de 5 de junio, F. 2; 48/1999, de 22 de marzo, F. 3; 218/1999, de 29 de noviembre, F. 3). No puede descartarse, pues, en tales supuestos «la operatividad de este remedio procesal aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo» (STC 19/1995, F. 2). En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legitimar y excepcionalmente proceder a la rectificación «ex» art. 267 LOPJ, aun variando el fallo”.*

Es decir, entendemos que cuando la rectificación propuesta no requiere de calificación o interpretación jurídica alguna sino la simple constatación fáctica de la existencia del hecho omitido, los órganos judiciales podrían, en el marco del artículo 267 LOPJ, aplicado conforme prescribe el artículo 5 LOPJ, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, proceder a rectificar la sentencia en orden a evitar situaciones de indefensión o vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Lo contrario no sólo implicaría infracción del artículo 24 por la lesión causada, sino que implicaría igualmente infracción del artículo 9.3 CE, por cuanto provoca una situación de innecesaria inseguridad jurídica, durante todo el tiempo que dure la tramitación del recurso devolutivo procedente, más aún si el mismo tiene, como ocurre con el recurso de casación, el carácter de extraordinario con la especial dificultad y limitación formal en lo que a su interposición se refiere.

## B. La incongruencia y motivación de las sentencias

Es también interesante la cita que la Sentencia del Tribunal Supremo dictada en el recurso 4912/2008, hace de la Jurisprudencia a propósito de la incongruencia de las Sentencias:

*“En repetidas ocasiones hemos señalado que la congruencia es una exigencia procesal en cuya virtud el contenido de la sentencia debe guardar correspondencia con las cuestiones debatidas y pretensiones formuladas por las partes en el proceso (artículos 33 y 67 de la Ley Ju-*

risdiccional). Y el deber de motivación de las sentencias cumple un doble propósito: de un lado, pone de manifiesto por qué se ha realizado una determinada interpretación y aplicación de la ley, lo que permite a los destinatarios conocer y comprender el contenido y razón de ser de la decisión para su posible impugnación; y, de otro, hace posible comprobar que el pronunciamiento -el razonamiento que lo sustenta o la decisión sin más- no es arbitrario, caprichoso o irrazonable, cuando sea revisado en vía de recurso (artículo 120.1 de la Constitución y artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Además, hemos declarado en sentencia de 31 de marzo de 2009 (casación 11170/2004) que la modalidad incongruencia omisiva que aquí se alega se produce «(...) cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia»; y ello requiere la comprobación de que existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, debiendo, no obstante, tenerse en cuenta que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva pues resulta preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. En consecuencia, debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones, sin que las primeras requieran una respuesta explícita y pormenorizada, mientras que, por el contrario, las pretensiones sí exigen una respuesta congruente, sin más excepción que la de una desestimación tácita que pueda deducirse del conjunto de razonamientos de la decisión. Tales consideraciones deben completarse con las formuladas por el Tribunal Constitucional cuando señala que «... la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que solo determina vulneración del artículo 24.1 CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables» (STC 8/2004, de 9 de febrero); y que « (...) el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquella» (STC 301/2000 de 13 de noviembre).

Aplicando esta Jurisprudencia, el Supremo rechaza la pretendida incongruencia consistente en la falta de respuesta de la Sala de instancia al alegato de la indebida aplicación de los preceptos de la Ley 30/92, porque la Sala de instancia, en esta Sentencia a la que se refiere el recurso, no declaró la nulidad fundamentándose en ningún precepto de la Ley 30/92, sino en la consideración de que la observancia del plazo establecido es necesaria dado que, de otro modo, cuando se pro-

*duzca la aprobación pueden haberse alterado las características y circunstancias que inicialmente se tuvieron en cuenta.*

Sin embargo sí estima en este punto la falta de motivación de la sentencia porque, basándose como se basa en la esencialidad del plazo y en que su incumplimiento tiene relevancia invalidante, basa tal fundamentación en *una potencial alteración de las características inicialmente consideradas y en la existencia de expectativas e inquietudes que no podrían permanecer sin respuesta tan dilatado espacio de tiempo. Pues bien, tal forma de argumentar no cumple con los requisitos exigidos para una adecuada motivación de las sentencias, pues el razonamiento expuesto no cuenta con soporte probatorio alguno que permita constatar que el pronunciamiento que determina la nulidad íntegra del Plan de Ordenación Territorial es objetivo y racional, ni permite conocer los criterios jurídicos en los que fundamenta su decisión ya que la sentencia no cita norma alguna en la que se sustente la conclusión de que el plazo es esencial.*

Es muy interesante la vinculación que en este Fundamento y en el siguiente, (Tercero y Cuarto), la Sentencia dictada en el recurso de casación 4912/2008, hace entre la motivación de la Sentencia y el sustento de la misma en la existencia o no de un material probatorio.

Efectivamente, mal puede considerarse que un plazo es esencial porque su finalidad es la de evitar la existencia de un desfase entre la realidad a la que se refiere el plan y el Plan mismo, cuando ninguna actividad probatoria se ha desarrollado en orden a acreditar la realidad del pretendido desfase.

Lo anterior no sólo conecta con el sentido de la actividad probatoria y la carga de la prueba en el proceso, sino que incide en la propia motivación de la Sentencia, *pues no es posible constatar la objetividad de su decisión*, es decir, comprobar el supuesto desfase que justificaría la esencialidad del cumplimiento del plazo.

La doctrina del TC nos dice que la carga de motivar no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983 y 5/1986, entre otras), la Sala de instancia no motivaba pues, por qué otorgaba al plazo de elaboración del POT, el carácter de esencial, hasta el punto de afectar a su validez.

### C. La casación y el Derecho Autonómico

Es quizás éste el punto en el que más trascendencia tiene la limitación del conocimiento del Recurso de casación, es decir, la imposibilidad de que el Tri-

bunal Supremo, tras la anulación de la Sentencia, pueda resolver en Derecho respecto del resto de los argumentos impugnatorios deducidos en las correspondientes demandas.

En este punto ambas sentencias comentadas coinciden: la necesidad de aplicar Derecho Autonómico (la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental, el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental de la Comunidad Autónoma andaluza aprobado por Decreto 292/1995, de 12 de diciembre, y el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía aprobado el 28 de noviembre de 2006 (POTA) impide que el Tribunal Supremo pueda resolver, como tiene declarada reiterada Jurisprudencia, por todas, la sentencia del Pleno de la Sala de 30 de noviembre de 2007 (RC 7638/2002), expresamente citada por ambas sentencias.

Es un pronunciamiento éste, incontestable, evidentemente, pero no deja de ser digno de comentario toda vez que como hemos destacado *ut supra*, hace vaticinar un largo camino hasta que se produzca el dictado de una Sentencia que con carácter de firme e inatacable resuelva la cuestión que nos ocupa, ya que, es más que probable la eventual interposición de nueva casación por la parte cuyas pretensiones se vean rechazadas, por lo que al plazo inevitablemente necesario para el dictado de la nueva sentencia de instancia, habríamos de sumar el del eventual nuevo recurso de casación.

Precisamente algo similar en lo que se refiere a la dilación en obtener un pronunciamiento definitivo, ha sido lo acontecido en el caso del Plan de Ordenación de la Bahía de Cádiz, Plan igualmente anulado por el TSJ de Andalucía, Sala de Sevilla, impugnado en el Recurso 1344/2004, y en virtud de Sentencia de 21 de abril de 2006, estimatoria de la demanda. Contra dicha Sentencia se interpuso Recurso de casación, tramitado con el número 3399/2006, y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de Junio de 2010, con estimación del primero de los motivos del Recurso, anuló y casó la sentencia recurrida al estimar el quebrantamiento de formas denunciado por no haber hecho uso del artículo 33.2 LRJCA, y someter a las partes el motivo que finalmente fundamentó la anulación, el incumplimiento del plazo previsto para la elaboración del Plan de Ordenación Territorial d la Bahía de Cádiz.

Con posterioridad, y tras conferir trámite de alegaciones, la Sala de instancia volvió a dictar Sentencia estimatoria del recurso por la misma causa, el incumplimiento del plazo. Frente a dicha Sentencia se interpuso de nuevo recurso de casación actualmente pendiente de Resolución por el Tribunal Su-

premo, recurso en el que es de esperar un pronunciamiento idéntico al de las Sentencias que nos ocupan, con lo que volveríamos a posibilitar, como en este caso, un eventual nuevo recurso de casación, Se podría llegar por tanto, en un mismo procedimiento, hasta la existencia de tres recursos de casación contra otras tantas sentencias de instancia.

No es pues que en este comentario critiquemos o pongamos en cuestión la Doctrina del Tribunal Supremo en orden a la imposibilidad de conocer de infracciones del Derecho Autonómico, Doctrina plenamente acorde con la propia regulación legal del recurso de casación, pero no podemos por menos de resaltar la peculiaridad que venimos analizando, más aún si como es el caso, frente a lo acontecido respecto a los POTs de Cádiz y Huelva, conocidos por la Sala de Sevilla, el POTA, conocido por la Sala de Málaga, y respecto del que se denunciaba idéntico vicio, la superación del plazo de elaboración y su pretendida eficacia invalidante, la Sala de Málaga lo tuvo claro desde el principio, descartando la aplicación del instituto de la caducidad, o descartando, igualmente la eficacia invalidante de la superación del plazo.

A ello nos vamos a referir inmediatamente, al analizar los aspectos sustantivos esenciales de las Sentencias comentadas.

## **2. Cuestiones sustantivas**

### **A. La caducidad del procedimiento de elaboración del Plan, o la superación del plazo de elaboración. Eficacia invalidante.**

Realmente ésta resulta ser la cuestión esencial abordada por ambos recursos y descartada por las dos sentencias aunque, como hemos visto, por cuestiones diferentes, ya que en la Sentencia del recurso de casación 4912/2008, la anulación de la sentencia de instancia y del pronunciamiento anulatorio de ésta, viene fundamentada en la falta de motivación de la Sentencia, al no expresar la sentencia, dada la ausencia de actividad probatoria, las razones o motivos que llevaban a la Sala a considerar el plazo como esencial, y sancionar su incumplimiento con la anulación del Decreto impugnado.

Sin embargo, en la Sentencia dictada en el recurso de casación 2305/2008, sí que se anula la Sentencia recurrida por este motivo, por entender, indebidamente aplicable la institución de la caducidad al procedimiento de aprobación de un instrumento de ordenación del territorio, conclusión radicalmente opuesta a la adoptada por la Sala de Málaga cuando resolvió los primeras im-

pugnaciones frente al POTA, en Sentencias de 7 y 23 de diciembre de 2010, desestimando los recursos interpuestos por la Federación Andaluza de Promotores Inmobiliarios (recurso 274/2007), el Ayuntamiento de Málaga (recurso 268/2007) y Partido Popular (recurso 735/2007).

La doctrina contenida en la Sentencia de casación, es la siguiente:

*La doctrina especializada y la jurisprudencia constante de esta Sala viene considerando que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística ostentan la naturaleza de disposiciones de carácter general porque tras su aprobación se incorporan al ordenamiento jurídico, su vigencia y fuerza vinculante permanece de manera indefinida en el tiempo y se consolidan en cada acto de aplicación. También por su específica configuración legal, que expresamente les atribuye los principios de inderogabilidad singular, publicidad y jerarquía normativa, característicos de las disposiciones reglamentarias (artículos 51 y 52 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Por todas, sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2009 (Casación 5100/2005):*

*La institución de la caducidad del procedimiento administrativo (artículos. 43.4 y 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en su versión original, o artículo-44,2 tras su reforma por Ley 4/1999, de 13 de enero) se circunscribe a los procedimientos de producción de actos o resoluciones administrativas, no a los de aprobación de disposiciones de carácter general (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011 (Casación 3214/2008) y de 17 de noviembre de 2010 (Casación 1473/2006). Por esa razón y conforme a la legislación sectorial de la ordenación territorial y urbanística, los efectos que genera la demora o inactividad de la Administración en la tramitación de un instrumento de ordenación no son los de la caducidad del procedimiento, sino los del silencio administrativo positivo o negativo según los casos.*

*Esta conclusión se refuerza si se considera la finalidad a la que responde el referido plazo de un año fijado en el Decreto de incoación del expediente, que no es otra que la de apremiar a los distintos órganos responsables de la elaboración del Plan de Ordenación del Territorio, para que, con su rápida aprobación, los intereses públicos a los que da cobertura dicho Plan se vean satisfechos con prontitud. La anulación del Plan por la mera superación de ese plazo produciría precisamente el resultado contrario al que se pretendió con la fijación del plazo, generando un retraso aún mayor en la satisfacción de esos intereses públicos, lo que no dejaría de ser un absurdo [(Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1992 (Casación 1018/1987) de 14 de octubre de 1996 (Apelación 151/1991) y de 27 de marzo de 1998 Casación 137/1995)].*

*Por otra parte, se alcanzaría también idéntica conclusión -falta de caducidad del procedimiento en que se aprobó el Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Occidental de Huel-*

*va- si se tiene en cuenta que atendiendo a la fecha de incoación del expediente (2 de marzo de 1999), aún en la hipótesis de que no se tratase de una disposición de carácter general, tampoco se le podría aplicar el régimen de la caducidad, por cuanto el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en su versión original aplicable al caso, anterior a la Ley 4/1999), sólo se refería a los expedientes «no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos», como los sancionadores [sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2011 (Casación 2377/2008) entre otras muchas]. En ningún caso se aplicaría a los instrumentos de ordenación del territorio, que se dirigen precisamente a producir efectos favorables para el bienestar de los ciudadanos.*

*En consecuencia, la sentencia impugnada podía en su caso haber anulado el Plan Territorial en cuestión por infringir alguna norma concreta reguladora del contenido de sus distintos documentos, o los límites de la potestad discrecional de planeamiento, si comprobase la concurrencia de defectos y discordancias esenciales con la realidad que pretende ordenar. Pero lo que no podía hacer es -como sin embargo hizo- anularlo por el mero transcurso del plazo de un año establecido en la resolución de incoación del expediente para la elaboración del plan, porque dicho plazo no constituye un término de caducidad del procedimiento.*

*A mayor abundamiento, el mentado plazo de un año, se circunscribía en sus estrictos términos a la «elaboración» del proyecto del Plan, no a su aprobación definitiva. Y, en fin, el plazo se fija por el mismo órgano al que le corresponde la aprobación definitiva del Plan, disponiendo por ello de la posibilidad de apreciar, en el momento de dicha aprobación definitiva, si por el transcurso de ese término se han alterado o no en tal manera los presupuestos de partida hasta el punto de que el Plan proyectado haya perdido su objeto y carezca de sentido aprobarlo, lo que no ha ocurrido en el presente caso, sino al contrario.*

Efectivamente, la sentencia de instancia estimó el recurso, anulando el Decreto, apreciando como vicio del mismo, la superación del plazo previsto para su elaboración en el Acuerdo de 8 de abril de 1999.

Tal conclusión de nulidad se toma sobre la base de la supuesta esencialidad del plazo y aplicando una suerte de caducidad con consecuencias invalidantes ex art. 63 Ley 30/1992, expresamente citado al final del Fundamento Tercero de la Sentencia recurrida.

Varias cuestiones se desprenden de la Doctrina transcrita:

1.- La primera es que estamos ante un procedimiento de elaboración de un Plan de Ordenación del Territorio, es decir, estamos en presencia de una Disposición General, naturaleza pacífica ésta, la de Disposición General, que se aplica a los instrumentos de planeamiento.

Conceptos, como la caducidad, previstos en el procedimiento administrativo común, son inexistentes en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales y en el propio procedimiento aplicable para aprobar ésta concreta disposición general, un POT, un instrumento de planeamiento y ordenación del territorio.

Para valorar la eventual existencia de un plazo, cuyo incumplimiento pueda tener una relevancia anulatoria en la elaboración de una disposición general habríamos de estar a la norma que regula la elaboración de esa Disposición General, norma que, en nuestro caso, sería la Ley 1/1994 de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma. Nunca podría aplicarse el instituto de la caducidad ex art. 43.4 de la Ley 30/1992, por inexistencia de presupuestos para ello.

Pero es que aún hay otro aspecto de esta misma cuestión, y es que en ningún texto regulador de normativa urbanística, se dota de eficacia invalidante a la realización de actuaciones tendentes a la elaboración o ejecución de instrumentos de planeamiento, fuera de plazo. Antes al contrario, y así lo ha entendido la Jurisprudencia al pronunciarse sobre la vigencia indefinida del planeamiento en lo que se refiere a la ejecución, ya que lo contrario supondría unir, al incumplimiento del plazo, el incumplimiento del deber que a la Administración urbanística compete en orden al cumplimiento de la legalidad urbanística. Las consecuencias, de existir ese incumplimiento, se moverían en otros ordenes, y así lo señala la sentencia que comentamos.

Si la Jurisprudencia es pacífica en entender posible la ejecución del planeamiento fuera del plazo, más aún ha de serlo para concluir en la posibilidad de ejercicio de la competencia urbanística de planeamiento. Más aún si la Ley aplicable, como es el caso, en ningún momento vincula la realización del Plan a un plazo perentorio y preclusivo, sino tan sólo refiere al plazo como indiciario y a determinar por el propio órgano al que compete la aprobación del Plan.

2.- La segunda cuestión a tener en cuenta es que, como bien señalaba, incluso, la Sentencia recurrida, la Ley de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Ley 1/1994, no establece un plazo para el procedimiento de elaboración de este instrumento de planeamiento, con lo que al remitir al propio Acuerdo de formulación del Consejo de Gobierno, que éste mismo establezca el procedimiento y plazo para su elaboración, está dejando claras dos cosas: la inexistencia de un plazo legal (con lo que la teoría sobre la esencialidad del plazo parece desmoronarse cuando ni la Ley establece plazo, ni siquiera indiciariamente, sino que deja esto en manos del propio Consejo de Gobierno).

Y la segunda conclusión en este mismo punto es que si el Acuerdo de formulación corresponde al Consejo de Gobierno y a éste mismo le corresponde la aprobación del Plan, parece que es consecuencia lógica que, de existir cualquier posible exceso en el plazo de elaboración, la posterior aprobación del acto por el mismo órgano competente para dictar el Acuerdo de formulación, vendría a tener una eficacia subsanadora o de convalidación de cualquier mera irregularidad, incluida la realización de actuaciones fuera del plazo inicialmente previsto. Por tanto, vendría a ser de aplicación una suerte de subsanación o convalidación ex art. 67 de lo que no es sino una irregularidad sin eficacia invalidante. O como consideraba la Sentencia de la Sala de Málaga, una especie de derogación mediante el dictado del Decreto impugnado.

Expresamente la Sentencia de la Sala de Málaga señalaba:

“En este punto es preciso hacer notar que los tiempos incumplidos con el Decreto impugnado son los establecidos en los arts. 8 y 9 del Decreto 83/95, disposición de carácter general de igual rango, por tanto, por lo que no cabe hablar de esa causa de nulidad y si de derogación de esos plazos por una disposición posterior del mismo rango, lo que bastaría para desestimar este concreto y primer motivo de la impugnación y, ello, aparte de aquellos otros supuestos en los que el Decreto impugnado deviniera en inaplicable por así imponerlo las circunstancias sobrevenidas y no previstas”.

3.- La Sala del Supremo, a mayor abundamiento, expresamente diferencia entre dos conceptos que habrían sido confundidos por la Sala de instancia.

Efectivamente, el Acuerdo del 99 contemplaba un plazo de elaboración, superado incuestionablemente, pero ese plazo es de elaboración, no para aprobación del instrumento de planeamiento, para el que en ninguna norma, ni siquiera el propio Acuerdo del 99, preveía plazo alguno.

El plazo de elaboración de los trabajos técnicos culminó en abril de 2000. Distinto del plazo de elaboración de los trabajos técnicos (único previsto en el artículo 7 del Decreto 52/1999, de 2 de marzo (BOJA nº 41, de 8 de abril de 1999), es el de aprobación, y este último, ni está fijado en un año, ni, por ende, ha sido incumplido.

Un Plan Territorial está sujeto a un complicado proceso de elaboración debido sobre todo a la necesidad de intervención de todos los agentes públicos y privados implicados y sobre todo a la necesidad de conjugar el ejercicio de

competencias de todas las Administraciones que concurren en un determinado espacio. La tardanza en su aprobación no puede nunca conllevar la ineficacia del mismo si tenemos en cuenta que, como toda norma, durante su elaboración se va modificando y ajustando como consecuencia de los informes, alegaciones e intervención de todos los implicados, de modo que al momento de su publicación como norma se ajusta perfectamente a la realidad del momento en que se dicta.

Sólo, y a efectos meramente hipotéticos, un desfase acreditado entre la realidad y el Plan podría justificar la consideración como esencial de tal plazo, cosa que en modo alguno se acreditó por la actora.

Por ello, las consecuencias invalidantes que la Sala de instancia da a la superación del plazo de elaboración, extendiéndolas al acto impugnado que es el de aprobación, carecen, a todas luces, de soporte jurídico alguno y resultan exorbitantes más aún cuando el propio órgano que aprueba la Disposición general, asume, con esta aprobación, la virtualidad del instrumento que se le somete a aprobación y subsana con ello cualquier posible irregularidad temporal que, por lo demás, carece de trascendencia por cuanto como irregularidad formal, ninguna indefensión causa a los destinatarios del Plan.

4.- En otro orden de consideraciones, también la Sala viene a señalar que sancionar con la nulidad la elaboración del POT fuera de plazo, es contrario a la propia finalidad del establecimiento de un plazo, que no es sino asegurar la rápida satisfacción de los intereses públicos implicados.

La aplicación del mecanismo de la caducidad es contraria a los principios de eficacia de la Administración (artículo 103 CE) y seguridad jurídica (artículo 9 CE) y que no puede aplicarse condicionando el legítimo ejercicio de la potestad normativa de la Administración competente para la elaboración de este instrumento de planeamiento que es el Plan de Ordenación del Territorio. Resulta incongruente aplicar este efecto invalidante teniendo en cuenta la persistencia de la potestad de dictar un nuevo POT cuyo contenido permanecería invariable salvado el supuesto defecto temporal. (STS de 11 de enero de 1983, 13 de febrero de 1985, 28 de julio de 1986, 5 de abril y 10 de mayo de 1989, 14 de junio de 1993 y 12 de marzo de 2001). Esta doctrina resulta plenamente aplicable ya que no habiéndose apreciado más defecto formal que la eventual “caducidad”, la anulación del expediente conllevaría una reproducción de todos los trámites para llegar a un Plan idéntico al anulado.

5.- También descarta la aplicación de la caducidad, en cualquier caso, por cuanto dicha institución, en la versión del artículo 43.4 de la Ley 30/1992, en la redacción original aplicable al caso, la anterior a la Ley 4/1999, sólo se refería a expedientes “no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos”, todo lo contrario de lo perseguido por definición en los instrumentos de ordenación del territorio.

6.- Y para finalizar, referirnos a una cuestión no abordada por la Sentencia de casación, y es la relativa a que tratándose de una disposición de carácter general, los motivos de declaración de nulidad han de reducirse a los contemplados en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, en ninguno de los cuales resultaría subsumible la supuesta superación del plazo de elaboración.

Es decir, la superación del plazo que a juicio de la Sala de instancia se habría producido y a la que ésta da una eficacia invalidante, sería, como ella misma dice, un vicio de anulabilidad, (como lo demuestra la expresa cita del art. 63 de la Ley 230/1992). Sin embargo, el artículo 63 se refiere a actos administrativos, no a vicios de las disposiciones generales como lo es el Decreto impugnado y por el que se aprueba el POT. Por tanto, la Sala de instancia habría concluido apreciando un vicio de mera anulabilidad, el exceso sobre el plazo inicial, y dotándolo de eficacia anulatoria de una disposición general cuando ésta sólo podría ser anulada de concurrir alguno de los vicios del art. 62.2.

### B. El Acuerdo “ampliatorio del plazo”. Su publicación.

Ya hemos analizado cómo en ambas sentencias, en diferentes términos dados los distintos planteamientos, el Tribunal Supremo desestima el recurso en lo que se refiere tanto a la consideración del Acuerdo del Consejo de Gobierno que la Junta de Andalucía pretendía hacer valer como ampliatorio del plazo, como a la eficacia del mismo habida cuenta su falta de publicación.

Para la Sala no estaría clara la intención de ampliar el plazo y, en cualquier caso, de pretender dotarle de tal eficacia, hubiera sido precisa su publicación.

No compartimos las razonamientos del recurso de casación en este punto, aunque sí estamos de acuerdo en que el motivo, tal y como se formula, podría implicar, aparentemente, una contradicción interna.

Sin embargo, si partimos de la inexistencia de plazo con efecto invalidante, la mera superación del mismo no implicaría consecuencia alguna, por lo que, en este contexto, el Acuerdo ampliatorio del plazo, no precisaría de publicación al-

guna por cuanto como acto de eficacia meramente interna, sólo iría dirigido a los propios órganos encargados de la elaboración y aprobación del instrumento de ordenación territorial.

No obstante sí que es ésta una cuestión sin mayor trascendencia habida cuenta la premisa de partida: la inexistencia de plazo preclusivo alguno cuyo incumplimiento tenga por sí sólo eficacia invalidante, por lo que, no existiendo plazo, realmente carece de virtualidad la ampliación del mismo.

# La legitimación activa de las Administraciones Públicas en materia de urbanismo: problemas procesales

*Daniel Del Castillo Mora*

Letrado Jefe del Servicio Jurídico  
Provincial de Almería

## I. INTRODUCCIÓN

Sirva el presente artículo para poner de relieve algunos de los problemas prácticos más relevantes que acucian a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando es precisamente una Administración Pública la que, en uso de su facultad de control de legalidad de una determinada materia, ostenta la legitimación activa en un recurso contencioso-administrativo, situándose en la posición de recurrente. Temas como los efectos del silencio de la actuación de la Administración recurrida, el cómputo de plazos para recurrir ante esta Jurisdicción o el problema del envío de simples comunicaciones sin acuerdos completos serán objeto de análisis somero a efectos de ilustrar los problemas prácticos a los que se enfrentan los Letrados de las Administraciones Públicas, algunos de los cuales deberían ser objeto de revisión por las instancias oportunas a efectos de solventar disfunciones que merman la tutela judicial efectiva de las Administraciones Públicas consagrada en el art. 24.1 CE.

Efectivamente, sin perjuicio de que el presente análisis se haga con el debido respeto a las distintas Resoluciones judiciales que se citan, y en cuanto tal se acatan y cumplen, es necesario realizar una crítica jurídica razonada al contenido de las mismas para aportar un modesto pero necesario punto de vista desde la perspectiva de las Administraciones Públicas que ostentan la legitimación activa en cuanto garantes de la legalidad de una determinada materia. No se olvide nunca que, con mayor o menor acierto, se debe contemplar desde el prisma de servicio objetivo al interés general ex art. 103.1 CE, sin perjuicio de las responsabilidades que deban repetirse cuando dicho servicio se aparta de tales fines generales.

## II. PRETENSIÓN DE INIMPUGNABILIDAD DE LICENCIAS URBANÍSTICAS CONCEDIDAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO AL IMPUGNARSE LA COMUNICACIÓN DE LAS MISMAS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONTROLADORA DE LA LEGALIDAD DE UN DETERMINADO SECTOR, SIENDO ÉSTA LA PRIMERA VEZ QUE SE COMUNICA

En este bloque de Sentencias nos encontraríamos aquéllas que postulan la imposibilidad de impugnar la concesión de licencias por silencio administrativo positivo, cuando la Administración controladora de la legalidad sectorial entiende que contraviene el Ordenamiento Jurídico y, por tanto, el acto es nulo de pleno derecho ex art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC en adelante), siendo el motivo de la imposibilidad de tal impugnación que el objeto sea un certificado remitido por la Entidad Local correspondiente de donde se acompañan la relación de licencias concedidas por silencio administrativo “positivo”.

### 1. Imposibilidad de adquisición de licencias urbanísticas contrarias al Ordenamiento Jurídico por silencio positivo

Debemos comenzar señalando como regla general que solamente cabría la concesión por silencio administrativo si no se hubiesen dado en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico. Cuando se pretende regular el sentido del silencio administrativo en los supuestos de solicitud de licencia urbanística se trasciende de la materia urbanística, en que las competencias autonómicas, como es sabido, son exclusivas y entra en juego otro título competencial más específico y por tanto prevalente, el relativo al procedimiento administrativo común en el que ha de estarse al art. 149.1.18 CE.

Ello queda confirmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo, en su FJ 34, al enjuiciar la constitucionalidad del artículo 242.6 del TRLS, el cual establece precisamente que “*en ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico.*”. Indica en tal sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional que “*es otro, sin embargo, el título competencial en juego respecto del apartado 6 del art. 242 TRLS. Este precepto, en atención a su contenido se encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.18), por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al art. 242.6 TRLS.*”.

Por tanto, en un juicio hermenéutico de la distribución competencial que del art. 149.1.18 CE resulta para esta materia, el art. 172.5 de la Ley 7/2002, de 27 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía establece el silencio positivo no en términos absolutos y para todos los supuestos en que no se resuelva y notifique en plazo, sino en los términos prescritos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común.

Consecuencia de ello, no puede entenderse que del art. 172.5 LOUA resulte un silencio positivo al margen de la regulación estatal en la materia, sino coherente con la misma.

Lo dicho se plasma con total claridad en el FJ 4 de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de septiembre de 2005, recaída en el recurso 62/03, y conforme a la cual: “*A partir de la LOUA el esquema del silencio administrativo positivo es idéntico al regulado en el art. 43.2 de la Ley 30/92, según texto de la Ley 4/99*”.

Ello nos lleva a la necesidad de analizar el art. 43.2 de la Ley 30/92. El mismo establece de entrada como regla general el silencio positivo. Pero el precepto establece a continuación excepciones a dicho silencio positivo. La primera de ellas tiene carácter genérico: que una norma con rango de Ley o de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario. Las demás excepciones hacen referencia a los procedimientos del ejercicio de petición; a los supuestos en que el silencio positivo determinara la transferencia al solicitante o a tercero de facultades relativas al dominio público o al servicio público y por último procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.

En el supuesto que nos ocupa, es indudable que por remisión del art. 43.2, tenemos una norma con rango de Ley, el art. 242.6 TRLS, que establecía que *en ningún caso se entenderán adquiridos por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o planeamiento urbanístico*.

Pero es que además, se da una singularidad: no sólo tiene el rango necesario sino que el Tribunal Constitucional considera, según señalamos anteriormente, que no estamos materialmente ante una regulación sectorial, ante una norma urbanística, sino ante un procedimiento administrativo común formulado por el Estado en el ámbito de sus competencias. Por lo tanto, constituye legislación reguladora del procedimiento administrativo común, según la literalidad del art. 172.5 LOUA.

Por consiguiente, el transcurso del plazo establecido para resolver y notificar determina que pueda entenderse otorgada la licencia y producidos los efectos del silencio positivo, cuando aquélla no es contraria al ordenamiento urbanístico. Por el contrario, de conformidad con el art. 242.6 no podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación el planeamiento urbanístico.

Este esquema ha sido reproducido en el artículo 8.1.b) in fine del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, al señalar que

*“En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”.*

En este sentido el Tribunal Supremo, en su reciente Jurisprudencia, ha mantenido la misma postura que la que acabamos de significar.

Por un lado, la STS de 27 de febrero de 2007, en relación con la pretensión de una entidad recurrente de obtener una autorización de traslado ante la Confederación Hidrográfica del Tajo, en terrenos situados en la policía de aguas, recuerda, haciendo suyos pronunciamientos del Tribunal de instancia, y actualizándolos, que no cabe la obtención de autorizaciones o licencias por silencio positivo en contra de las normas de legalidad establecida. Así señala su FD 5º que

*“QUINTO.— En todo caso, y a mayor abundamiento, el silencio administrativo no podría considerarse obtenido, ya que el mismo precepto que la recurrente considera infringido esto es, el artículo 1º del Real Decreto Ley 1/1986, de 14 de marzo condiciona la procedencia del mismo no solo al transcurso de dos meses desde la solicitud sin obtención de respuesta expresa, sino también a que la peticiones se encuentren debidamente documentadas «y estas se ajusten al Ordenamiento jurídico». La línea jurisprudencial seguida en relación con esta cuestión es antigua, constante y permanece en la actualidad, pese a las diversas regulaciones que sobre el silencio administrativo se han producido, tanto en el ámbito estrictamente procedimental como en el urbanístico. Esto es, la Jurisprudencia (y posteriormente la Ley) se ha encargado de corregir el efecto automático del silencio positivo entendiendo que (STS de 28 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 9030]): «no pueden entenderse legalizadas por esta vía, actuaciones enfrentadas con claridad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico».”*

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo en sendas Sentencias de 17 de octubre de 2007 al resolver los recursos de casación 9828/2003 (RJ 2007\7327) y 9397/2003 (RJ 2007\7479), en relación con la solicitud de li-

encia para la construcción de un edificio de 72 viviendas y la solicitud de licencia para la construcción de 80 recoge en su FD 9 que

*“NOVENO.No compartimos la tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea disconforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), en la redacción dada por la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114, 329), se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, “salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”, siendo una norma con ese rango, como lo era el artículo 242.6 de la Ley del Suelo aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1992 (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485), que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997 (RTC 1997, 61), y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998 (RCL 1998, 959), la que disponía en aquel año 2001 en que se solicitó la licencia objeto de la litis que “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico”.*

Finalmente, por terminar de dibujar el esquema del silencio administrativo en materia urbanística, la relevante Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 al resolver el recurso de casación en interés de Ley 45/07 (ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate), fija como doctrina legal

*“que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485), y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (RCL 2008, 1260), son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114), no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística”.*

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de 21 de julio de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por una mercantil contra la negativa del registrador de la propiedad de Ibiza nº 4, a la inscripción de una escritura de parcelación, constitución de servidumbre y declaración de obras nuevas en construcción.

## 2. Naturaleza de acto generador de efectos jurídicos de la primera notificación que se cursa a una Administración Pública a los efectos del art. 56.1 LBRL

La peculiaridad viene motivada respecto de aquellos supuestos en los que dicha remisión supone la vez primera en la que se comunica, se notifica a la Administración Pública que ostenta las competencias de control de legalidad de una determinada materia dichos actos, lo que debe ponerse en relación con el artículo 56.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local y del artículo, lo que se reproduce en el artículo 55 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, señalando el primero de los preceptos que “*Las Entidades locales tienen el deber de remitir a las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los plazos y forma que reglamentariamente se determinen, copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas. Los Presidentes y, de forma inmediata, los Secretarios de las Corporaciones serán responsables del cumplimiento de este deber*”.

De esta manera, si el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo entiende que tal remisión es una mera comunicación sin efectos jurídicos, se cercena de manera insoslayable el posible control de legalidad de una determinada materia, en detrimento del interés general. Empero, es claro que si la Administración Local cumple por primera vez con el deber de remitir dichos acuerdos de concesión de licencias por silencio administrativo (que para la misma son ajustados a Derecho, y por tanto son actos administrativos) ex art. 56.1 LBRL es el primer momento en el que la Administración autonómica dispone del elemento básico para la protección de la legalidad sectorial, de manera que habiéndose impugnado dicho acto no puede encuadrarse en el art. 69.c) LJCA, ni calificarse como un mero acto de comunicación o informativo, ni tampoco argüirse que no se haya recurrido en plazo, sino que se trata de verdaderos actos administrativos encuadrables en el art. 25.1 LJCA, que para la Administración autonómica no son ajustados a Derecho y por ello se recurren.

Por consiguiente, se produciría una situación de indefensión de la Administración autonómica, de conformidad con el art. 24.1 CE, y por ende, de la protección de la legalidad urbanística. La indefensión está definida por el Alto Tribunal como “*concepto fundamentalmente procesal que se concreta en la imposibilidad de acceder a un juicio contradictorio en el que las partes, alegando y probando cuanto estimen pertinente, puedan hacer valer en condiciones de igualdad sus derechos e intereses legítimos. Ello viene a significar que la indefensión sólo se puede originar por una actuación del órgano judicial en el curso del proceso, pero no fuera de él*” (SSTC 156/1985 (RTC 1985\156), 64/1986 (RTC 1986\64), 89/1986 (RTC 1986\89), 12/1987 (RTC 1987\12),

171/1991 (RTC 1991\171), 47/92 (RTC 1992\47) y ATC 190/1983), concepto que debe, *mutatis mutandi*, aplicarse al supuesto descrito si a la Administración controladora de la legalidad de un determinado sector se le veda a continuar en el presente procedimiento actuando contra un acto administrativo impugnado y no conforme a derecho.

Como recuerda la STSJ de Cataluña 160/2006, de 14 de febrero (RJCA 2006\670), “ (...) *no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales “que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver” [SSTC 6/1986, de 21 de enero (RTC 1986, 6), F. 3 c); 204/1987, de 21 de diciembre (RTC 1987, 204), F. 4; en el mismo sentido, STC 180/1991, de 23 de septiembre (RTC 1991, 180), F. 1; 294/1994, de 7 de noviembre (RTC 1994, 294), F. 4]. Entre otros motivos, porque, como también hemos afirmado, “la plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE [RCL 1978, 2836]), así como de la función jurisdiccional de control de dicha actuación (art. 106.1 CE), y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) impiden que puedan existir comportamientos de la Administración pública positivos o negativos inmunes al control judicial” (STC 294/1994, de 7 de noviembre [RTC 1994, 294], citada, F. 4; igualmente, STC 136/1995, de 25 de septiembre [RTC 1995, 136], F. 3)».*

Es por ello que este tipo de actos no puede calificarse como un mero acto de comunicación porque sus efectos trascienden a la mera interlocución entre Administraciones, para situarse en la esfera de la producción de efectos jurídicos, y por tanto, susceptible de ser impugnada de acuerdo con los preceptos transcritos. Así, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia con sede en Málaga señala que en todo caso “debemos estar, no a la tesis del conocimiento sino a la tesis de la recepción de la resolución que autoriza la licencia”, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007.

En todo caso, esta pretendida inadmisibilidad contra la actuación, en este caso, de la Junta de Andalucía ha sido precisamente desestimada, en la Sentencia 153/2008, de 24 de marzo, de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia con sede en Granada, al señalar en su Fundamento de Derecho Cuarto que “*el acto recurrido es tal concesión de licencia por acto presunto y no consta que el mismo fuera notificada a la Junta de Andalucía con anterioridad, de manera que no pueda sostenerse la extemporaneidad del recurso contencioso administrativo interpuesto*”. Dicha alusión viene motivada por cuanto se trata precisamente de acto susceptible de recurso contencioso administrativo en cuanto generador de efectos jurídicos y aun más no constando con anterioridad la notificación a la Junta de Andalucía.

### III. IMPROCEDENCIA DE LA SUBSUNCIÓN DE LA REVISIÓN DE OFICIO DEL ARTÍCULO 102 LRJAP-PAC EN LA VÍA DEL REQUERIMIENTO PREVIO ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EX ART. 44 LJCA A EFECTOS DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA ENTENDER EXPEDITA LA VÍA CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA

En el presente supuesto, nos encontramos con aquellas Sentencias que plasman una equiparación del supuesto de la revisión de oficio contemplado en el art. 102 LRJAP-PAC y el requerimiento previo y facultativo entre Administraciones Públicas ex art. 44 LJCA a efectos del cómputo para entender expedita la vía contencioso-administrativa ante la falta de respuesta de la Administración a la que se dirige la solicitud o requerimiento.

En los procedimientos de control de actos administrativos dictados por Entidades Locales otorgando licencias urbanísticas, en los que la legitimación activa corresponde a la Administración Pública que ostenta la competencia de control de legalidad urbanística el plazo de impugnación procesal viene dado por la vía procedimental administrativa elegida.

Así, si la vía elegida es la extraordinaria del art. 102 LRJAP-PAC o la ordinaria del art. 44 LJCA a la que debe sumarse la especial del art. 65 LBRL, los plazos procedimentales administrativos son distintos, sin que proceda la equiparación de los mismos, ya que para entender desestimado por silencio en la primera vía será necesario el transcurso del plazo de tres meses desde que se notificó la solicitud de revisión de oficio a la Entidad que dictó el acto impugnado ex art. 102.5 LRJAP-PAC, mientras en el segundo caso el plazo se somete al plazo del mes desde que se cursó la petición de anulación del acto y en el tercero, caso de no optarse por la impugnación directa, cuando transcurra el plazo fijado en el requerimiento como señala la STS de 18 de octubre de 1991. Las vías posibles de impugnación de actos nulos de las Administraciones Locales por otras Administraciones son facultad, opción de la Administración actuante. En este sentido, es clásica la distinción entre la vía extraordinaria de impugnación regulada en el art. 102 LRJAP-PAC y la vía ordinaria regulada en el art. 44 LJCA o bien la vía especial del art. 65 LBRL.

Siendo una opción y siendo distinto el íter procedimental regulado en las distintas vías, lo que en ningún caso procede es la equiparación de las mismas al fijar el plazo para recurrir en vía jurisdiccional a la desestimación por silencio de la revisión o, en su caso, requerimiento efectuado.

De esta manera, si se constata que la vía utilizada por la Administración actora es la vía del art. 102 LRJAP-PAC, esto es, el cauce extraordinario, el plazo para entender desestimado por silencio dicha solicitud es de tres meses por así disponerlo el apartado 5 del meritado precepto. En ningún caso, como a continuación veremos, como se ha realizado en Sentencia de puede mencionarse el art. 44 LJCA, ya que el mismo es un cauce procedimental y procesal que no procede equiparar a los supuestos en los que se utiliza la vía extraordinaria del art. 102 LRJAP-PAC.

Como paradigma de esta clásica diferenciación, se expresa el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 15 de septiembre de 2006, al señalar que

*“Frente a dicha decisión se alza la Administración autonómica, refiriéndose ante todo a la irrelevancia que, a su entender, presenta a estos efectos su aquietamiento inicial frente a al acuerdo en cuestión, circunstancia que, en efecto, constituye el presupuesto básico de la acción de nulidad ejercitada o de la declaración de lesividad solicitada, como cauce distinto de la revisión de los actos administrativos a través de los recursos legalmente establecidos, fundamentalmente, en los artículos 107 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o de las vías previstas para la impugnación de las actuaciones de las entidades locales por parte del Estado o las Comunidades Autónomas en los arts. 65 y ss. de la LBRL.*

*En este orden de ideas, y frente a lo argumentado por las apeladas, debe descartarse que el transcurso de los plazos para iniciar esas últimas vías impugnatorias, como medio equivalente a aquellos recursos administrativos, determine la imposibilidad de iniciar o instar esos otros cauces extraordinarios de impugnación, como así lo reconoce expresamente el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 25 de noviembre, según el cual “...sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos en los términos y con el alcance que se establece en la Legislación del estadio reguladora del procedimiento administrativo común..”. Es más, así se reconocía también para este particular ámbito material por el artículo 187 del TRLS de 1976, y lo asume hoy el artículo 190 de la LOUA, Ley 7/2002, de 17 de diciembre, al establecer la obligación de revisión de las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en la Ley, cuyo contenido constituye o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley. Todo ello, además, según lo declarado por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 18 de julio de 1996 (apelación 8506/1991) y de 27 de julio de 1992 (apelación 8221/1990).”*

Todo ello no es sino la aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece en su sentencia de 20 de enero de 1999 la doctrina jurisprudencial sobre la interposición del recurso frente a actos nulos de pleno derecho a través de la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992 :

*“En efecto: es harto reiterada la Jurisprudencia de esta Sala en torno a la necesidad de apreciar la extemporaneidad de los recursos articulados contra una decisión administrativa, si quiera se basen en la supuesta nulidad radical de la misma, a no ser en el caso de que se haya acudido a la vía de instar la revisión del acto viciado a través de la vía que posibilita el artículo 109 de la Ley de 1.958 EDL1958/101 (hoy el artículo 102 de la Ley 30/1992). Mientras en este último supuesto no existe plazo perentorio alguno, ya que se otorga una acción para solicitar que la Administración inicie el procedimiento revisorio, lo siga por todos sus trámites y lo concluya por medio de una decisión –favorable o adversa a la nulidad– que podrá dar lugar a la interposición del recurso contencioso judicial, en el caso de intentarse la vía judicial directa contra el acto supuestamente nulo está obligado el impugnante a atenerse a los plazos legales de interposición de los recursos que pretenda ejercitar, sin que le dispense de ello la absoluta falta de validez del acto. Así lo han venido declarando las sentencias de este Tribunal, entre las que merecen ser recordadas las de 25 de marzo EDJ1992/2877 y 27 de julio de 1.992 EDJ1992/8430, y en los últimos tiempos la de 2 de diciembre de 1.998”.*

Igualmente por su importancia y por resumir de manera gráfica el supuesto del presente supuesto, procede reproducir el FD 3º de la Sentencia 770/2003, de 29 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña:

*“La posibilidad de ejercicio de la acción de nulidad del artículo 102 de la Ley de 26 de noviembre de 1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), siempre que no se haya interpuesto en plazo el correspondiente recurso Contencioso–Administrativo y con independencia de la potestativa facultad que a la Administración Autonómica otorga el artículo 65 de la Ley de Bases de Régimen Local (RCL 1985, 799, 1372), viene implícitamente reconocida por el Tribunal Supremo, entre otras muchas en su sentencia de 25 de octubre de 2.001 (RJ 2001, 10095), al señalar que, en un supuesto como el ahora enjuiciado, en el que no existe el valladar de la cosa juzgada, cabe instar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho por el procedimiento establecido en la referida ley. Y, si en algunos casos tal declaración se ha realizado respecto de simples particulares, como bien se dice en la sentencia de instancia, no existe razón alguna por la cual deba la Administración Autonómica considerarse a los efectos con menor derecho, más cuando, hallándonos en materia urbanística, y en el ámbito geográfico de Cataluña, sin perjuicio de la acción pública que en la materia otorga el artículo 296 del texto refundido de las disposiciones vigentes en Catalunya en materia urbanística, de 12 de julio de 1990 (RCL 1990, 2759 y LCAT 1990, 266), aplicable al caso por razones temporales, su propio artículo 258.1 impone en todo caso que las*

*licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya alguna de las infracciones urbanísticas graves en él definidas sean revisadas dentro de los cuatro años desde la fecha de su expedición por la Corporación Municipal que las otorgó a través de alguno de los procedimientos prevenidos en el artículo 103 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), bien de oficio o a instancia del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas, debiendo acordar la Corporación, cuando proceda, la demolición de las obras realizadas, sin perjuicio de las responsabilidades exigibles y de las facultades subrogatorias de la Administración Autónoma. Señalando el artículo 260.2 que las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los planes serán nulas de pleno derecho, y, si las obras estuvieren terminadas, se procederá a su anulación de oficio por los trámites previstos en el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo.”.*

Parece solventar esta disfunción el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2011 al resolver el recurso de casación en interés de Ley 61/2009, señalando que *“es ciertamente cuestionable que la sentencia que resuelve el recurso de apelación, después de declarar que la comunicación que la Junta de Andalucía dirigió al Ayuntamiento de Zúrgena no consistió en un requerimiento de anulación (que se habría formulado conforme a lo previsto en el artículo 65 de la Ley de Bases de Régimen Local o del artículo 44.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), sino en una solicitud de revisión de oficio formulada al amparo de lo previsto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, prescinda luego de esa apreciación al computar el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, por entender que se trata de un recurso entre Administraciones y que, por tanto, el cómputo debe realizarse según lo establecido en el artículo 46.6 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.*

*Y decimos que la conclusión a la que llega la sentencia recurrida es cuestionable porque ese artículo 46.6 se refiere, en lo que aquí interesa, al supuesto en que se hubiese formulado el requerimiento de anulación previsto en el artículo 44 de la propia Ley; y acabamos de indicar que, según la propia Sala sentenciadora, tal requerimiento no existió en el caso examinado pues lo que hubo fue una acción de revisión formulada al amparo de lo previsto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.*

Es decir, para el Tribunal Supremo esa dualidad de vías comporta un régimen de cómputos también distinto, diferenciado, sin que pueda equipararse ambos supuestos en cuanto al plazo para entender expedita la vía contencioso-administrativa.

#### IV. CÓMPUTO DE PLAZOS PARA RECURRIR EN VÍA JURISDICCIONAL ANTE EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN QUE NO RESPONDE A LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE OFICIO O AL REQUERIMIENTO PREVIO

Finalmente, debemos analizar el tema más delicado de cuantos hemos tratado, ya que no existe una doctrina unánime al respecto, aunque sí existe Jurisprudencia pacífica sobre el particular.

##### 1. Naturaleza jurídica del silencio administrativo en la doctrina constitucional y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Debemos comenzar señalando que la doctrina del Tribunal Constitucional reproducida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 (RJ 2004\1021), establece que, tras la reforma operada por la Ley 4/1999 existe el deber expreso de resolver, de manera que en caso contrario no existe un acto presunto, sino una ficción legal que permite a los interesados acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, pero no puede producirse la extemporaneidad en la interposición del recurso porque la Administración que debió resolver no puede aprovecharse de su propia inacción y perjudicar al interesado de manera que se impone la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional de considerar que la situación de silencio es equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, por lo que hasta que no se produzca dicha notificación no puede comenzar el plazo para interponer el recurso. Así en dicha sentencia se explicita que

*“El Tribunal Constitucional en sus sentencias 6/86 de 12 de febrero (RTC 1986, 6), 204/87 de 21 de diciembre (RTC 1987, 204) y 63/95 de 3 de abril (RTC 1995, 63) ha proclamado: y con respecto a los efectos del silencio negativo «que no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales». La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 LPA de 1958 (RCL 1958, 1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585) (hoy artículo 58 LPAC [ RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246] ), de manera que la «notificación» sólo era eficaz desde que se interpusiese el recurso procedente. El Tribunal Supremo ha mantenido esta doctrina en sus sentencias de 14 (RJ 2000, 1574) y 26 de enero de 2000 (RJ 2000, 160).*

(...) *La exégesis de este texto, complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga a concluir que en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr. En el supuesto que decidimos no se ha producido esta notificación, razón por la que el plazo para la interposición del recurso contencioso no ha comenzado, resultando improcedente, como hace la sentencia impugnada, la inadmisibilidad alegada, con la consiguiente desestimación del recurso formulado en interés de Ley.”.*

Asimismo la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2009, de 17 de junio proclama que

*“este Tribunal tiene reiteradamente señalado que el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, de manera que en estos supuestos no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales «que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver» [entre otras muchas, SSTC 6/1986, de 21 de enero (RTC 1986\6), F. 3 c); 204/1987, de 21 de diciembre (RTC 1987\204), F. 4; 180/1991, de 23 de septiembre (RTC 1991\180), F. 1; 294/1994, de 7 de noviembre (RTC 1994\294), F. 4; 3/2001, de 15 de enero (RTC 2001\3), F. 7; 179/2003, de 13 de octubre (RTC 2003\179), F. 4; 188/2003, de 27 de octubre (RTC 2003\188), F. 6; 220/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003\220), F. 5; 186/2006, de 19 de junio (RTC 2006\186), F. 3; 40/2007, de 6 de febrero (RTC 2007\40), F. 2; y 117/2008, de 13 de octubre (RTC 2008\117), F. 2].*

*Por ello hemos declarado que ante una desestimación presunta el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración; concluyéndose, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y, menos aún, con arreglo al principio pro actione, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE (RCL 1978\2836).*

Este misma línea doctrinal de la naturaleza del silencio administrativo como notificación defectuosa ha sido reproducida en diversas Sentencias posteriores de órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores. Por su claridad exposi-

tiva debemos traer a colación el FJ 3 de la STSJ de Madrid 435/2005 de 4 de abril (RJCA 247\2005) al señalar que

*“Comenzaremos el examen de los temas conflictivos de este recurso con las causas de inadmisibilidad planteadas por el Abogado del Estado, como la extemporaneidad del recurso por ser presentado fuera del plazo que marca la Ley.*

*Aunque esta alegación se hace después de la falta de competencia del Rectorado de la Universidad, por ser causa procesal de inadmisibilidad del recurso, comenzaremos el estudio con ella por ser de carácter previo su posible estimación para poder entrar en el estudio del resto de las cuestiones planteadas más vinculadas con el fondo.*

*Al respecto es necesario tener presente que el artículo 13.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/ 1993, de 26 de marzo (de aplicación según la disposición adicional primera y disposiciones transitorias de la Ley 4 /1999), dispone que transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento o el plazo que resulte de añadirles un período extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa o en su caso se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.*

*Efectivamente en este caso, interpuesto –como se dice y consta– con fecha de 13 de julio de 1998 el escrito de reclamación, había de entenderse presuntamente desestimada desde el 13 de enero de 1999. Con la consecuencia de poder impugnarse, la referida desestimación presunta, ante el orden jurisdiccional Contencioso–Administrativo, en el plazo de seis meses a contar desde que debieran entenderse presuntamente desestimados. Es decir a partir de esa fecha de 13 de enero de 1999, y por lo tanto –según interpretación del Abogado del Estado– solo en los seis meses siguientes, estando fuera de ese plazo el recurso interpuesto el día 11 de julio de 2001.*

*Así, el artículo 46.1 LJCA se refiere sin duda al plazo para recurrir ante ese orden jurisdiccional respecto de actos presuntos, diciendo que «si no lo fuera (expreso, el acto que ponga fin a la vía administrativa), el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto».*

*Y es más, tratándose de silencio negativo, desde la reforma de la Ley 30/1992 por Ley 4/1999, (que aún no es aplicable pero sirve de guía) ya no cabe hablar de actos presuntos desestimatorios sino sólo –nuevamente– de ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, en beneficio del interesado. Ello resulta de la nueva redacción del artículo 43.3 de dicha Ley de Procedimiento Administrativo Común, al diferenciar los efectos del silencio estimatorio*

y desestimatorio, señalando para este último —a diferencia del primero o positivo— que la «desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o Contencioso-Administrativo que resulte procedente». Para la estimación por silencio se dice que tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizado del procedimiento. Para la desestimación, por el contrario, que tiene «los solos efectos» dichos.

Por ello, el supuesto de desestimaciones por silencio negativo, y bajo la vigencia de la nueva Ley 4/1999, ya no puede entenderse comprendido en la previsión del artículo 46.1 LJCA, promulgada en momento en que la Ley 30/1992 sí parecía considerar tales desestimaciones como verdaderos actos y no simplemente como una ficción legal.

Pero es que si entendemos —por lo demás es lo correcto— de aplicación la anterior Ley 30/1992 por el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, el 13 de julio de 1998, aun existía la obligación para la Administración de resolver expresamente —artículo 43.1—, y la única forma de acreditar la existencia del acto presunto debía ser acreditado mediante la certificación del artículo 44, siendo ese un requisito indispensable para su eficacia, de tal suerte que ni los efectos del silencio administrativo se producían, ni los plazos para interponer el recurso se computaban sino a partir del siguiente día a aquel en que se produce la recepción del certificado de acto presunto, o si no es emitido, a partir del día siguiente al de finalización del plazo de 20 días en que debió ser emitida.

Desde tales premisas normativas vigente en dos momentos diferentes, se puede concluir —como hacemos— que en la ordenación legal comentada encuentra perfecto encaje la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual «no cabe apreciar extemporaneidad en la vía jurisdiccional cuando la Administración incumple su obligación de resolver. No es de recibo que su incumplimiento al respecto pueda redundar en perjuicio del ciudadano, poniendo en contra del mismo un instituto jurídico —el del silencio negativo— que precisamente ha sido establecido en su beneficio, para poder —no tener que— acudir a los órganos jurisdiccionales de lo Contencioso-Administrativo cuando la Administración incumple su deber de resolver».

Como ejemplo, en sentencia recaída con fecha 23-1-2004, por la Sala 3<sup>a</sup>, sección 2<sup>a</sup>, del Tribunal Supremo, recurso 30/2003 en recurso en interés de Ley se declara como doctrina legal: «Que el plazo para interponer el recurso Contencioso-Administrativo frente a actos presuntos negativos, esto es, desestimatorios de la pretensión, es el establecido por el art. 46.1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es decir, el de seis meses a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto». «Pero es también doctrina legal que la remisión que el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional hace al acto presunto, no es susceptible de ser aplicada al silencio negativo, pues la regulación que del silencio negativo se hace en la LRJ-PAC lo configura como una ficción y no como un acto presunto».

*Respecto de los argumentos que en contra alega la UNED, no cabe sino considerar que la Administración no puede ocultar, ni desconocer, que es ella quien genera la situación de inseguridad al no dictar resolución expresa. Tampoco puede olvidar que esa omisión constituye un frontal incumplimiento del mandato contenido en el artículo 42.1 de la entonces vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y aplicable a este procedimiento de responsabilidad patrimonial. Siendo esto así, como lo es, no es de recibo que quien genera mediante una conducta claramente ilegal y contraria al ordenamiento una situación de inseguridad jurídica puede esgrimir esa inseguridad a su favor, pretendiendo obtener de ella ventajas frente a quienes sufren los efectos de la inseguridad creada.*

*Hemos dicho de modo reiterado, que nadie puede obtener beneficios de sus propios errores, omisiones e infracciones. Y esto, y no otra cosa, es lo que la Administración pretende cuando opone la inseguridad jurídica que se deriva de un estado de cosas que tiene su origen en su propio incumplimiento, al no resolver los procedimientos pendientes, pues el modo lógico, natural, legal y que demanda la naturaleza de las cosas, para hacer cesar el estado de inseguridad que se denuncia es el de decidir las cuestiones planteadas. Por eso, la Administración, mediante el cumplimiento de la Ley, puede hacer cesar, de raíz, el estado de inseguridad jurídica, de cuya existencia aquí se lamenta.*

*Así se pronuncian también las sentencias del TS de 14 y 26 de enero de 2000, y las del Tribunal Constitucional en sus sentencias 6/86 de 12 de febrero, 204/87 de 21 de diciembre, 63/95 de 3 de abril, y en la más recientes 188/2003 de 27 de octubre y 220/2003 de 15 de diciembre, ha proclamado, y con respecto a los efectos del silencio negativo, «que no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales». La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 LPA de 1958 (hoy artículo 58 LPAC), de manera que la «notificación» sólo era eficaz desde que se interpusiese el recurso procedente.*

*La exégesis del texto del artículo 42.4.2º de la LRJ-PAC, complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga también a concluir que, en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere, los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr.*

*En el supuesto que decidimos no se ha producido esta notificación, —ni siquiera se ha expedido la certificación de actos presuntos— razón por la que el plazo para la interposición del recurso contencioso no ha comenzado, resultando procedente desestimar la causa de inadmi-*

*bilidad que invoca el Abogado del Estado, con la consiguiente desestimación de este motivo del recurso, tanto por lo expuesto como por la interpretación conjunta de los artículos 44.5 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria con el artículo 46 de la nueva LJCA. Hasta tal punto esto es así que el propio Abogado del Estado, en asesoramiento jurídico que da a la UNED, señala que aunque no se contenga la previsión de dictar resolución expresa después de la presunta por la Administración en la nueva LJCA, ni la obligación de hacerlo en la Ley 4/1999 que sí se recogía en la anterior Ley 30/1992 aplicable a este procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin embargo reconoce que el silencio administrativo es una ficción legal prevista para que se produzcan los efectos que el ordenamiento jurídico pretende con su articulación, que no son otros que los de arbitrar un beneficio para el administrado y no un obstáculo, perjuicio o carga, de todo lo cual resulta que todo interesado puede esperar a la resolución expresa de su petición, sin que la excesiva tardanza de la Administración en producirla le prive del derecho a acudir a la vía procedente contra ella dentro de los plazos legales, una vez que haya tenido lugar, y aún cuando se hubiesen agotado anteriormente los términos para recurrir contra la desestimación presunta, si optó por no ejercitar su derecho contra ésta, por preferir esperar a conocer la resolución expresa y sus fundamentos.*

*Así pues, obviada la referida extemporaneidad, pasaremos al examen del siguiente tema.”*

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2006 recoge dicha línea jurisprudencial (JUR 2006\251441)

*“Y, en fecha más reciente, la sentencia de 23 de enero de 2004 dictada en un recurso en interés de la Ley en que la administración pretendió una interpretación restrictiva del art. 46.1 de la vigente LJCA en línea con la exégesis aquí mantenida por la Sala de instancia se afirmó en su fundamento TERCERO : «El Tribunal Constitucional en sus sentencias 6/86 de 21 de enero, 204/87 de 21 de diciembre y 63/95 de 3 de abril ha proclamado: y con respecto a los efectos del silencio negativo “que no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales”. La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 79.3 LPA/1958(hoy artículo 58LPAC), de manera que la “notificación” sólo era eficaz desde que se interpusiese el recurso procedente. El Tribunal Supremo ha mantenido esta doctrina en sus sentencias de 14 y 26 de enero de 2000. Esta doctrina sigue siendo válida en la actualidad por lo que diremos. Efectivamente el actual artículo 42.4.2º de la LPAC dispone: “En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publica-*

*ción del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente”. El precepto tiene su origen en el mandato del artículo noveno de la Constitución, desarrollado por el legislador, precisamente, para garantizar la Seguridad Jurídica. En él se establece una regla general, universal, que no admite excepciones: “en todo caso”, regla general que se dirige a las Administraciones Públicas (todas) quienes necesariamente “informarán” a los interesados y un contenido explícito de ese mandato informativo. La exégesis de este texto, complementada con la doctrina constitucional antes transcrita, obliga a concluir que en tanto las Administraciones Públicas no informen a los interesados de los extremos a que dicho precepto se refiere los plazos para la interposición de los recursos no empiezan a correr». La aplicación al caso de la doctrina legal que acabamos de exponer lleva a concluir que no se produjo la extemporaneidad del recurso contencioso al no constar que por la Administración demandada se cumpliera con el deber o carga de informar a la interesada sobre los efectos del silencio, por lo que es de entender que el plazo de interposición del recurso ni siquiera había empezado, a lo que es de añadir, en función de todo ello y de los limitados efectos que al silencio negativo atribuye la Ley 30/1992, que no cabe considerar que la reclamación presentada el 1-2-2002 diera lugar a un nuevo acto presunto confirmatorio de otro anterior consentido y firme.*

*Por tanto, podemos concluir que en ningún caso puede hablarse de extemporaneidad en aquellos supuestos en que la propia Administración ha sido la causante de dicha situación al no resolver expresamente.”*

Igualmente, la sentencia de 28 de julio de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (JT 2005\1029) proclama que

*“Sobre la inadmisibilidad alegada por el Ayuntamiento demandado, tenemos en cuenta las sentencias del Tribunal Supremo de 14 (RfJ 2000, 1574) y 26 de enero de 2000 (RfJ 2000, 160), así como la sentencia de fecha 23 de enero de 2004 (RfJ 2004, 1021), en interés de Ley, que reseñan que el Tribunal Constitucional en sus sentencias 20/86, de 12 de febrero (RTC 1986, 20), 204/87, de 21 de diciembre (RTC 1987, 204) y 63/95, de 3 de abril (RTC 1995, 63), ha proclamado, con respecto a los efectos del silencio negativo, que «... no podía juzgarse razonable una interpretación que primase la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales...» La conclusión a la que llegó el Alto Tribunal pasó por considerar que la situación de silencio era equiparable a la propia de una notificación defectuosa, ya que el interesado no era informado sobre la posibilidad de interponer recursos, ante qué órgano y en qué plazo, lo que habilitaba para aplicar el régimen previsto en el artículo 58 LPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de manera que la «notificación» sólo era eficaz desde que se interpusiere el recurso precedente.*

*Por lo anterior, se rechaza el motivo de inadmisibilidad del recurso opuesto por el Ayuntamiento codemandado”.*

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en Sentencia de 11 de febrero de 2005 (RJCA 2005\107)

*“TERCERO Despejada así la incógnita sobre la posible falta de legitimación de la Real Federación Española de Fútbol, por lo que se refiere a la extemporaneidad del contencioso, y, más en concreto, sobre el plazo de seis meses que se invoca por la codemandada, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el procedimiento administrativo se inició por acuerdo adoptado por el Comité Balear de Disciplina Deportiva el 3 de mayo de 1999, esto es, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/99, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), por la que se modificaba la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), y aquella configura el silencio administrativo como una ficción y no como un acto presunto, con lo que la remisión que el artículo 46.1. de la Ley 29/98 (RCL 1998, 1741) hace al acto presunto no es susceptible de ser aplicada –en ese sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 (Rfj 2004, 1021), casación en interés de Ley–.*

*En la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (RCL 1958, 1258, 1469, 1504; RCL 1959, 585) se configuraba el silencio administrativo como una garantía para el ciudadano que no excluía el deber de la Administración de resolver, de modo que, incumplida esa obligación, no cabía apreciar la extemporaneidad del contencioso –artículos 93.4. de la LPA y 38.2. de la Ley Jurisdiccional de 1956 (RCL 1956, 1890), y, por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1997 (Rfj 1997, 3227) y 28 de noviembre de 1998 (Rfj 1998, 10359) –.*

*Tras la Ley 30/92, producido el silencio y emitida la certificación de acto presunto, el deber de resolver desaparecía, esto es, el silencio no tenía el valor de mera ficción jurídica y se consideraba así como acto desestimatorio insusceptible de modificación mediante resolución tardía y, a ese respecto, la Ley 29/98 –artículo 46.1– estableció el plazo de seis meses para impugnar el acto presunto.”*

Podemos concluir, consecuentemente que la Ley 4/99 vuelve al principio, de modo que la desestimación por silencio tiene el sólo efecto de permitir que los interesados interpongan el recurso procedente –artículo 43.3– y, en esta situación, debe concluirse que no existe un plazo preclusivo para recurrir las desestimaciones presuntas y, por tanto, el artículo 46.1. de la Ley 29/98 ha quedado, si no derogado, desplazado. Por ello, en los casos que no se produjo la contestación expresa por parte de la Administración Pública, el plazo para interponer el recurso no puede considerarse que haya comenzado de acuerdo con la moderna y reiterada doctrina jurisprudencial expuesta.

## 2. Cómputo de plazo para recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa cuando la legitimación activa corresponde a una Administración Pública garante del control de legalidad de una determinada materia

La lógica consecuencia de la doctrina y jurisprudencia expuesta nos llevaría, sin problema alguno, a entender que en ningún caso comenzaría el plazo para recurrir ante la falta de respuesta de la solicitud de revisión de oficio ex art. 102 LRJAP-PAC, con independencia de si la legitimación la ostenta un particular interesado o una Administración Pública.

Empero, recientes Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada disienten de tal criterio, reduciendo el plazo a dos meses por aplicación del artículo 46.6 de la Ley 29/98, frente a lo señalado anteriormente.

Tal precepto dispone que:

*“En los litigios entre Administraciones, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de dos meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa. Cuando hubiera precedido el requerimiento regulado en los tres primeros apartados del artículo 44, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado”.*

Entre otras, la Sentencia 1560/2011, de 27 de junio de la Sala de Granada recoge que

*“(…) Y no puede entenderse de aplicación el artículo 46.1 in fine de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de al Jurisdicción Contenciosa Administrativa, según el cual si el acto que pone fin a la vía administrativa es presunto, como sucede en el presente caso, el plazo para interponer el recurso será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto sino que ha de prevalecer el art. 46.6 del mismo cuerpo legal, que establece lo siguiente: “En los litigios entre Administraciones, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de dos meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa. Cuando hubiera precedido el requerimiento regulado en los tres primeros apartados del artículo 44, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado.”*

*Aún cuando nos encontramos ante el ejercicio de una acción de revisión no puede obviarse que esta se entabla entre dos Administraciones y el plazo para interponer el recurso*

*contencioso-administrativo debe de considerarse alicando la ley jurisdiccional que en este punto es específica.”.*

Sin embargo, tal criterio, reproducido en otras Sentencias, parece no acomodarse en absoluto a lo resuelto por el Tribunal Supremo en dos Sentencias recientes, anteriores a la reproducida. Así, tanto la Sentencia de 29 de septiembre de 2010 (recurso de casación en interés de ley 12/2009, ponente D. Rafael Fernández Valverde) y la Sentencia de 14 de febrero de 2011 (recurso de casación en interés de ley nº 61/2009, ponente D. Eduardo Calvo Rojas) postulan lo siguiente:

De conformidad con el FD 4º de la primera de las Sentencias citadas *“la regulación procesal del art. 46.6 LRJCA, que se remite a su vez a los tres primeros números del art. 44 de la misma Ley y no al cuarto, en el que se señala que “queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local”, que es justamente la que acabamos de citar”* para añadir *“(…) esto es, el legislador ha excluido en este tipo de conflictos los recursos administrativos, pero no la solicitud de revisión de oficio, como podía haber hecho de forma expresa”,* concluyendo que *“(…) por tanto en el supuesto de autos deben considerarse acertados los razonamientos contenidos en la sentencia de apelación que revisamos en ordena a adecuada utilización por parte de la Junta de Andalucía del procedimiento de revisión de oficio prevenido en el citado artículo 102 de la LRJPA, posibilidad no vedada por el hecho de no haber interpuesto el recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses legalmente previsto en la Ley, ni por el hecho de no haber ejercitado, una vez recibida del Ayuntamiento la comunicación del otorgamiento de licencias de que se trata la acción que le otorga el artículo 65.2 LBRL que le permita, para el caso de considerar que tales acuerdos infringían el ordenamiento jurídico, efectuar al Ayuntamiento en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación, un requerimiento para su anulación”.*

Ello debe ponerse en relación con el FD 4 de la Sentencia de 14 de febrero de 2011 que señala que *“es ciertamente cuestionable que la sentencia que resuelve el recurso de apelación después de declarar que la comunicación que la Junta de Andalucía dirigió al Ayuntamiento de Zúrgena no consistió en un requerimiento de anulación (que se habría formulado conforme a lo previsto en el artículo 65 LBRL o del art. 44 LRJCA) sino en una solicitud de revisión de oficio formulada al amparo de lo previsto en el art. 102.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, prescinda luego de esa apreciación al computar el plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo por entender que se trata de un recurso entre Administraciones y que, por tanto, el cómputo debe realizarse según lo establecido en el art. 46.6 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Y decimos que la conclusión a la que llega la sentencia recurrida es cuestionable porque ese artículo 46.6 se refiere, en lo que aquí interesa al supuesto en que se hubiese formulado el requerimiento de anulación previsto en el artículo 44 LRJCA, y acabamos de indicar que según la propia sentencia sentenciado-*

*ra tal requerimiento no existió pues lo que hubo fue una acción de revisión formulada al amparo de lo previsto en el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.*

Por tanto, es fácilmente colegible de la lectura jurisprudencial que si se formula una solicitud de revisión de oficio la misma no puede ser reconducida ni a la vía del art. 44 LJCA ni a la vía del art. 46.6 LJCA para el cómputo de plazos, sino que con sustantividad propia, deberá examinarse la regularidad de los plazos previstos precisamente en el art. 102 LRJAP-PAC, sin perjuicio del examen de los plazos procesales.

Respecto de los plazos procesales y la imposibilidad de aplicación del art. 46.6 LRJCA cuando estamos ante la vía del art. 102 LRJAP-PAC no puede ser más contundente el FD 5º in fine de la sentencia de 14 de febrero de 2011 al consignar que: “ (...) *el recurso de casación en interés de ley no podría prosperar respecto de normas cuya correcta interpretación ya está suficientemente establecida en la jurisprudencia. Y esto es lo que sucede con relación al cómputo del plazo establecido para interponer el recurso contencioso-administrativo contra actos presuntos de la Administración, pues en torno a lo dispuesto en el artículo 46.1 LRJCA existe una jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo y de la que son exponente, entre otras, la Sentencia de esta Sala y sección 5ª de 8 de octubre de 20058 (casación 6473/04), las de la Sección 6ª de 31 de marzo de 2009 (casación 308/05) y de 20 de octubre de 2009 (casación 2823/05) y la de la Sección 7ª de 17 de febrero de 2010 (casación 1212/08) en la que se reseñan diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional cuya doctrina recogen”.*

De dicha doctrina reciente consolidada se extrae sin dificultad alguna que una vez que instamos la revisión de oficio, la falta de respuesta, esto es, el silencio, opera como una notificación defectuosa, por lo que no comienza en modo alguno el plazo para recurrir.

Uteriormente, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada ha dado una vuelta de tuerca más al objeto de impedir tal aplicación de la doctrina del silencio como ficción legal al supuesto en que las Administraciones Públicas ostentan la legitimación activa, al señalar al Sentencia 43/2012, de 23 de enero que tal doctrina no resulta de aplicación al señalar que “ (...) *la doctrina expuesta no resulta de aplicación al supuesto que contempla (...) Significar que precisamente la mención al ciudadano y al administrado es constante y exclusiva en la exposición de la doctrina jurisprudencial sobre el establecimiento de las reglas de cómputo que tratamos”.*

En este punto, considero errónea, con el debido respeto a las decisiones judiciales y a los órganos judiciales, la doctrina apuntada por cuanto distingue

subjetivamente los supuestos de silencio administrativo y su equiparación a una notificación defectuosa, cuestión en modo alguna permitida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es precisamente el hecho objetivo, el silencio, la absoluta falta de cumplimiento del deber de resolver sobre el que debe recaer la doctrina constitucional apuntada, porque si se formulan diferenciaciones subjetivas se estaría desenfocando la doctrina constitucional y la jurisprudencia apuntada: lo que no se quiere es que el incumplimiento del deber de resolver pueda evadirse por una actuación jurisdiccional pretendidamente extemporánea, por lo que no cabe realizar ninguna diferenciación subjetiva.

Ya lo apuntábamos antes, no puede ser más contundente el FD 5º in fine de la sentencia de 14 de febrero de 2011 al consignar que: “ (...) *el recurso de casación en interés de ley no podría prosperar respecto de normas cuya correcta interpretación ya está suficientemente establecida en la jurisprudencia. Y esto es lo que sucede con relación al cómputo del plazo establecido para interponer el recurso contencioso-administrativo contra actos presuntos de la Administración, pues en torno a lo dispuesto en el artículo 46.1 LRJCA existe una jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo y de la que son exponente, entre otras, la Sentencia de esta Sala y sección 5ª de 8 de octubre de 20058 (casación 6473/04), las de la Sección 6ª de 31 de marzo de 2009 (casación 308/05) y de 20 de octubre de 2009 (casación 2823/05) y la de la Sección 7ª de 17 de febrero de 2010 (casación 1212/08) en la que se reseñan diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional cuya doctrina recogen*”.

Pero aún más contundente resulta el FD 4º de la Sentencia de 29 de septiembre de 2010 dictada por el Tribunal Supremo “*la regulación procesal del art. 46.6 LRJCA, que se remite a su vez a los tres primeros números del art. 44 de la misma Ley y no al cuarto, en el que se señala que “queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local”, que es justamente la que acabamos de citar*” para añadir “(...) esto es, el legislador ha excluido en este tipo de conflictos los recursos administrativos, pero no la solicitud de revisión de oficio, como podía haber hecho de forma expresa”, concluyendo que “(...) por tanto en el supuesto de autos deben considerarse acertados los razonamientos contenidos en la sentencia de apelación que revisamos en ordena a adecuada utilización por parte de la Junta de Andalucía del procedimiento de revisión de oficio prevenido en el citado artículo 102 de la LRJPA, posibilidad no vedada por el hecho de no haber interpuesto el recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses legalmente previsto en la Ley, ni por el hecho de no haber ejercitado, una vez recibida del Ayuntamiento la comunicación del otorgamiento de licencias de que se trata la acción que le otorga el artículo 65.2 LBRL que le permita, para el caso de considerar que tales acuerdos infringían el ordenamiento jurídico, efectuar al Ayuntamiento en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación, un requerimiento para su anulación”.

Por tanto, en conclusión, una interpretación más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de nuestra Carta Magna, conduce, frente a lo postulado por las recientes Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, y realmente en sintonía con lo señalado por el propio Tribunal Supremo por Sentencias recientes y anteriores a las del Alto Tribunal andaluz, permitiría, sin duda alguna a trasladar la doctrina de la equiparación del silencio administrativo a la notificación defectuosa al supuesto en el que las Administraciones Públicas resultan recurrentes.

Como razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 citada:

*“La duda suscitada gira, pues, en torno al concepto de interesado del artículo 102.1 de la LRJPA, que, en principio, no encajaría en el concepto que del mismo –de interesado– se establece en el artículo 31 de la misma Ley, ya que dicho precepto dibuja un concepto de interesado como portador de derechos e intereses legítimos, mas no de potestades administrativas, como ocurriría –en este caso– con la Administración autonómica; mas tal circunstancia no implica que el concepto de interesado pueda resultar alterado por el hecho de que quien ocupe dicha posición sea una Administración pública investida, sin duda, de potestades administrativas, pues el legislador ha contemplado en el artículo 31 de la LRJPA –dentro del Título III “De los interesados”– la situación de una clásica relación administrativa en la que un particular (persona física o jurídica) mantiene –llamémosle así– un vínculo basado en derechos o intereses con una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo: Así, el artículo 30 anterior de la misma LRJPA se refiere a la capacidad de obrar “ante las Administraciones Públicas”, el mismo 31 hace referencia a los “interesados en el procedimiento administrativo”, en el 32 de que “podrán actuar”, e, incluso, en el 35 –ya en el Título IV– se les reconocen, a los “ciudadanos” una serie de derechos “en sus relaciones con las Administraciones Públicas”.*

## V. CONCLUSIONES

En primer lugar, es clara la imposibilidad de la adquisición de licencias administrativas por silencio positivo cuando resultan contrarias al Ordenamiento Jurídico, cuestión que parece clara según lo señalado en el artículo 8.1.b) in fine del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, así como la doctrina legal fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009. Es por ello, para el hipotético caso de que se remitiesen a la sede de una Administración Pública un certificado de licencias pretendidamente otorgadas por silencio positivo, y dicha comunicación fuese la primera vez que se cumpliese con lo dispuesto en

el artículo 56.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Régimen Local, no podría cercenarse la posibilidad de que dicha Administración impugnase, en su caso, dichos actos.

En segundo lugar, resulta igualmente meridiana la siendo una opción y siendo distinto el iter procedimental regulado en las distintas vías (bien la vía del art. 102 LRJAP-PAC, bien la vía del art. 44 LJCA), lo que en ningún caso procede es la equiparación de las mismas al fijar el plazo para recurrir en vía jurisdiccional a la desestimación por silencio de la revisión o, en su caso, requerimiento efectuado.

Finalmente, la doctrina de la equiparación del silencio administrativo a una notificación defectuosa y su efecto más importante, esto es, la imposibilidad de pretender que haya comenzado el plazo para recurrir, no puede limitarse al supuesto en el que un Administración Pública ostenta la legitimación activa y es recurrente. Esta reducción de plazos para dicho supuesto primaría la inactividad de quien incumple su deber de resolver ex art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y por tanto se aleja de la doctrina constitucional apuntada. Aun cuando la nulidad es imprescriptible, y nada impediría reiterar la solicitud de revisión de oficio, la seguridad jurídica y del tráfico mercantil exige una respuesta más acorde con la doctrina apuntada. Esta cuestión hubiera quedado exenta de polémica si el Tribunal Supremo hubiese resuelto el recurso de casación en interés de Ley 61/2009, ya que siguiendo el tenor del pronunciamiento de la Sentencia la doctrina legal es pacífica para el Alto Tribunal, lo que, como hemos analizado, no lo es para los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores, conllevando una dosis de inseguridad jurídica que sería necesario solventar definitivamente para el caso de la legitimación activa de las Administraciones Públicas.



# NOTAS DE JURISPRUDENCIA

## Tribunal Constitucional (\*)

### II. DERECHOS Y LIBERTADES

#### A. Derechos fundamentales y libertades públicas.

##### **1. Sentencia 50/2011, de 14 de abril (BOE de 10 de mayo). Ponente: Delgado Barrio (Cuestión de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 14  
*otros:*

*Objeto:* Art. 31.4 LAU de 1964, de 24 de diciembre, según la redacción dada por el art. 19 de la Ley 19/1989, de 25 de julio y la posterior redacción derivada de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto-Ley 7/1989, de 29 de diciembre, y confirmada por la disposición adicional décima de la Ley 5/1990, de 29 de junio.

*Materias:* Principio de igualdad: términos de la comparación para apreciarlo o rechazar su vulneración.

Se plantea la presente cuestión de inconstitucionalidad al entender que el art. 31.4 LAU, en su actual redacción pudiera ser contrario al art. 14 CE, al otorgar un trato de favor a las sociedades que discrimina a los arrendatarios que son personas físicas y, en la redacción que le otorgó la Ley 19/1989, a otras personas jurídicas que no tengan la consideración de sociedades y, en las redacciones posteriores, a otras personas jurídicas que no se encuentren comprendidas en el concepto legal, así como a ciertos arrendadores, diferencia de trato que, a su juicio, no tiene una justificación objetiva ni razonable ni satisface la finalidad social y protectora que fundamentó la LAU de 1964. Considerará el Tc que se hayan cumplido las funciones inhe-

---

(\*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

rentes al trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC. Recordará el TC su doctrina, entre otras muchas, la STC 73/2000, FJ 2, citando el ATC 121/1998, FJ 3, que establece que este trámite tiene como finalidad *garantizar una efectiva y real audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad, poniendo a disposición del Juez un medio que le permita conocer con rigor la opinión de los sujetos interesados (STC 166/1986, FJ 4) de un lado, y facilitar el examen por parte de este Tribunal acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado, de otro (por ejemplo, ATC 108/1993, FJ 2)*. En el mismo sentido, ATC 54/2010, de 19 de mayo, FJ 2; considerará el TC cumplida esta doble finalidad, ya que aunque el órgano judicial no se refiriese en la citada providencia a las redacciones posteriores de la norma cuestionada, estas normas, como advierte el Abogado del Estado, no introducen modificaciones sustanciales que tengan incidencia en la cuestión planteada en el proceso, por lo que la falta de alusión expresa en la referida providencia a estas reformas no ha impedido al órgano judicial conocer la opinión de las partes sobre su decisión de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto indicado, dado que las reformas llevadas a cabo con posterioridad no establecen, para el caso concreto que el Juez tiene que resolver, un régimen jurídico distinto al fijado en la redacción que le otorgó la Ley 19/1989. Se apreciará el efectivo defecto procesal en que se incurre al cuestionar diversas redacciones de un mismo precepto, mas el referido defecto no ha de dar lugar a la inadmisión de la cuestión planteada ya que las diferencias de las distintas redacciones carecen de transcendencia para la decisión del proceso a quo. Se cuestiona que se haya efectuado debidamente el juicio de relevancia al no haber justificado que la cesión de la cartera de seguros efectuada por la entidad que arrendó el local de negocios constituía una transformación, fusión o escisión de esta sociedad, ya que sólo en tal supuesto resultaría aplicable al art. 31.4 LAU y, en consecuencia, sólo en el caso de que pudiera considerarse que la operación mercantil efectuada era alguna de las previstas en el referido precepto, la norma cuestionada sería relevante para el fallo, por lo que se viene a solicitar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad; entenderá, por el contrario, el Fiscal General que, como la jurisprudencia constitucional es flexible al apreciar el cumplimiento de la referida exigencia, no debe inadmitirse por este motivo la presente cuestión. El TC considera que no puede apreciarse que al no justificarse en el Auto de planteamiento de la cuestión que la cesión de cartera efectuada por la entidad arrendataria

constituya alguna de las figuras mercantiles previstas en el art. 31.4 LAU —*transformación, fusión, escisión de sociedades*, no se haya cumplido el requisito que se conoce con el nombre de juicio de relevancia y que consiste en que el órgano judicial exponga en el Auto el esquema argumental dirigido a justificar que el fallo del proceso depende de la validez de la norma cuestionada (entre otras muchas, SSTC 48/2005, FJ 3; 115/2009, FJ 2; y 4/2011, FJ 2). Recuerda el Tc que en coherencia con su doctrina, cuando el órgano judicial decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad “*en el momento que, con efectos preclusivos, establece el art. 35.2 de la LOTC, lo que está emitiendo es un juicio provisional que, debiendo estar fundado, sin embargo, no siempre es absolutamente definitivo acerca de la aplicabilidad de la norma legal cuestionada en el procedimiento del que dimana la cuestión de inconstitucionalidad* [STC 150/1992, FJ 1; en el mismo sentido, entre otras, STC 106/1990, FJ 3 b), y ATC 14/1993]; al tiempo, recordará el TC su doctrina (SSTC 142/1990, FJ 1 y 133/2004, FJ 1), *ha de hacerse una interpretación flexible de nuestra Ley Orgánica, por la conveniencia de que las cuestiones promovidas por los órganos judiciales encuentren siempre que sea posible y sin menoscabo de los presupuestos procesales que son de orden público, una solución por Sentencia, al objeto de contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico de preceptos presuntamente inconstitucionales, extendiendo así la fuerza vinculante de la Constitución gracias a una imprescindible cooperación entre órganos judiciales y Tribunal Constitucional. Pues, a fin de cuentas, sólo cuando resulte evidente que la norma legal cuestionada no es, en modo alguno, aplicable al caso, cabe declarar inadmisibile una cuestión de inconstitucionalidad* (STC 76/1990); conclusión ésta a la que no puede llegarse en este caso, pues si el órgano judicial considerase que la operación mercantil efectuada por la arrendataria es alguna de las que menciona el art. 31.4 LAU, la norma cuestionada sería, con toda evidencia, la norma de cuya validez depende el fallo; descartados las objeciones formales, se entra en la cuestión sustantiva. Se sostendrá en la cuestión que se propone que al establecer que en el caso de transformación, fusión o escisión de sociedades o entidades públicas o privadas no se reputará causado el traspaso, se está otorgando un trato más favorable a estas personas jurídicas que el dispensado a las personas físicas u otras personas jurídicas distintas de las previstas en el mismo; diferencia de trato, que conllevaría, a su vez, que los arrendadores de locales de negocio que tienen como arrendatarias a algunas de las entidades mencionadas en la norma cuestionada se encuentren en peor situación que los que tienen arrendados locales de negocios a personas físicas o a personas jurídicas distintas de las previstas en el art. 31.4 LAU. Recordará el

TC su doctrina a tenor de la cual *el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello. Por tanto, como regla general, lo que exige el principio de igualdad es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por consiguiente, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable* (STC 273/2005, FJ 3, por todas). Sostendrá el TC que para poder apreciar la vulneración del principio de igualdad es conditio sine qua non *que los términos de comparación que se aportan para ilustrar la desigualdad denunciada sean homogéneos*” (entre otras muchas STC 1/2001, FJ 3). Por ello la primera cuestión que debe examinarse es si la situaciones que se comparan son homogéneas o, lo que es lo mismo, pueden considerarse sustancialmente iguales, pues sólo en tal caso procedería entrar a examinar los demás requisitos exigidos por el TC para apreciar la lesión del derecho que consagra el art. 14 CE. Apreciará el TC que las condiciones que se comparan son, por una parte, la de los arrendatarios de locales de negocios que tienen la condición de *sociedades o entidades públicas o privadas* y se transforman, fusionan o escinden, en relación con la de los arrendatarios de locales de negocio que son personas físicas o personas jurídicas que no son *sociedades o entidades públicas o privadas*, y por otra parte, la situación de los arrendadores de local de negocio arrendados a sociedades o entidades públicas o privadas, en relación con la de los arrendadores de local de negocio arrendados a personas físicas o personas jurídicas que no son sociedades o entidades públicas o privadas. Considera el TC que por lo que se refiere a la comparación efectuada con estas otras personas jurídicas distintas a las expresamente contempladas en el precepto cuestionado, el término de comparación aducido no puede considerarse idóneo, ya que de lo establecido en el art. 31.4 LAU no se deduce que puedan existir personas jurídicas a las que no resulte de aplicación lo dispuesto en el mismo, ya que, de un lado, con el término *entidades* empleado por el precepto cuestionado se extiende su previsión normativa a otras indeterminadas estructuras de organización personificadas diferentes de las que adoptan forma jurídica societaria, expresamente mencionadas por el precepto, y, de otro, que la aplicación de la norma se encuentra subordinada a la aptitud legal que ostenta cada entidad ju-

rídica para operar los procesos de *transformación, fusión o escisión* que definen el supuesto de hecho al que se anuda la consecuencia o proposición normativa que se afirma discriminatoria, materia esta que resulta ajena a la disposición examinada. Considerará el TC que el Juez proponente de la cuestión debería haber concretado las personas jurídicas que, a su juicio, no quedan comprendidas en la norma cuestionada, pues, sólo de esta forma podría efectuarse el juicio de igualdad en relación con aquellas personas jurídicas a las que se refiere el precepto. Por lo que se refiere a la comparación entre las *sociedades o entidades públicas o privadas* y las personas físicas debe tenerse cuenta que, como ya se señalara en la STC 117/1998, FJ 4, *las personas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, cuya existencia jurídica no puede ser negada por el ordenamiento jurídico, pues la persona, esto es, el ser humano, tiene el derecho inviolable a que se reconozca su personalidad jurídica (art. 10 CE y art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948), constituyen una creación del legislador, y tanto su existencia como su capacidad jurídica vienen supeditadas al cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establezca en cada caso (así, también, la STC 23/1989, fundamento jurídico 3).*” Esta diferente naturaleza de las personas físicas y de las personas jurídicas determina que existan actos jurídicos que, por ser incompatibles con su respectiva naturaleza jurídica, no puedan ser realizados indistintamente por estos sujetos de Derecho. De ahí que este Tribunal haya afirmado que *no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas* (STC 23/1989, FJ 3). Por esta razón, no siempre que se aduzca una vulneración del principio de igualdad por el diferente trato otorgado a una persona jurídica en relación con el dispensado a una persona física, o viceversa, pueda considerarse que el término de comparación alegado es idóneo, ya que la diferente naturaleza de estos sujetos de Derecho puede determinar que existan situaciones en las que sólo pueda encontrarse uno de ellos; considerará el TC que en este caso así acaece; en efecto apreciará que los procesos de *transformación, fusión o escisión*, que excluyen en el precepto cuestionado la aplicación del régimen común del traspaso de local de negocio, son operaciones de naturaleza societaria cuya finalidad se dirige a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos de las personas jurídicas para la consecución de sus propios fines, mediante la realización de *modificaciones estructurales* de la organización que permiten en unos casos la adopción de una nueva forma jurídica (transformación), la integración en una única entidad jurídica de una pluralidad organizaciones preexistentes (fusión), o la di-

visión de la entidad jurídica (escisión), conservando las entidades resultantes de esos procesos, al propio tiempo la vigencia de las relaciones jurídicas preexistentes -también la arrendaticia del local de negocio: art. 31.4 LAU/1964 y art. 32.3 LAU/1994-; considerará el TC que de este modo se facilita la continuidad de empresas y actividades económicas o de otro signo ya establecidas, eludiendo con ello las dificultades y perjuicios que, tanto en el plano jurídico como en el económico, entrañaría la disolución y liquidación del conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas ligadas a la entidad para poder alcanzar el objetivo pretendido con aquellas modificaciones; desde esta precisión considerará el TC que se desprende con toda evidencia la inadecuación de la figura de la persona física como término de comparación idóneo para sustentar el juicio de igualdad, al considerar patente que una persona física no puede transformarse, fusionarse ni escindirse por lo que la situación de hecho respecto de la que se aduce un trato desigual no es comparable a la pretendidamente discriminatoria; mas tampoco es comparable la situación de hecho considerada ahora desde el ángulo del arrendador de local de negocio, pues la distinta condición subjetiva del arrendatario persona natural o jurídica puede justificar la previsión de diversos esquemas o modelos normativos de *sucesión* o subrogación en la relación arrendaticia para facilitar el mantenimiento y continuidad de empresas o de actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de orden económico y social que encuentran apoyo en concretos mandatos de la Constitución (arts. 38, 40 y 130.1 CE). Resaltará el TC que en la disposición legal cuestionada (art. 31.4 LAU) la relación arrendaticia no es objeto de cesión o transmisión aislada con separación de la relación jurídica del que fuera hasta ese momento el arrendatario, que liquida mediante la cesión o traspaso su posición contractual, supuesto típico del que parte el régimen común del traspaso, sino que, de un lado, en el caso de transformación de la entidad arrendataria no puede hablarse propiamente de transmisión de la relación locativa y, de otro lado, en los casos de fusión o escisión la modificación subjetiva que experimenta la relación arrendaticia se produce como consecuencia de la ejecución de procesos globales de integración y sucesión patrimonial en el marco de operaciones de modificación estructural de la entidad arrendataria, alejados de los genuinos esquemas de los contratos de *cesión mediante precio* de los locales en los que se inscribe (art. 29 LAU) el traspaso de local de negocio a que se refiere el precepto cuestionado. En atención a estas consideraciones, considerará el TC que el término de

cotejo aducido no es idóneo para llevar a cabo la comparación que exige el juicio de igualdad, lo que implica que en el caso enjuiciado no se cumpla el primero de los requisitos que debe concurrir para poder apreciar que el diferente trato alegado es contrario al derecho fundamental que consagra el art. 14 CE. Recordará el TC que a esta conclusión se llegó también en el ATC 652/1984, en el que, en un caso que guardaba cierta similitud con el ahora examinado, se sostuvo que la previsión legal que disponía que los entes preautonómicos se subrogaban en los contratos de arrendamiento de los locales que les hubiera transferido el Estado no discriminaba a los propietarios de locales arrendados al Estado frente a los propietarios de locales arrendados a otros sujetos, aunque tuvieran que soportar cesiones de arrendamiento a las que no estaban sometidos el resto de los propietarios, al ser diversas las situaciones fácticas comparadas. Concluirá el Tc que el precepto cuestionado no lesiona el art. 14 CE. Se desestima la cuestión de constitucionalidad planteada.

**2. Sentencia 51/2011, de 14 de abril (BOE de 10 de mayo). Ponente: Aragón Reyes (Recurso de amparo).**

*Preceptos constitucionales:* 9.3, 14, 16, 18, 24, 117.3.  
*otros:*

*Objeto:* Sentencia de 13 de diciembre de 2001 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Almería, que desestimó su demanda por despido nulo planteada frente a la Administración del Estado, la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Obisado de Almería, así como la Sentencia de 23 de abril de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la demandante contra la anterior Sentencia

*Materias:* Seguridad jurídica. Principio de igualdad. Principio de laicidad del Estado. Libertad religiosa e ideológica. Derecho a la intimidad personal y familiar. Derecho a la tutela judicial efectiva. Efectivo ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Se plantea, como primera queja, la lesión la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al entender que incurre en incongruencia omisiva, al no dar respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso de suplicación. En segundo lugar, aducirá la demandante que tanto la Sentencia de instancia como la de

suplicación han vulnerado sus derechos a no sufrir discriminación por sus circunstancias personales (art. 14 CE), y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), al haber ratificado la decisión de la Administración educativa de no renovar su contrato temporal de profesora de religión católica para el curso 2001/2002, por no haber sido incluida en la propuesta efectuada por el Obispado de Almería para dicho curso escolar en razón a que había contraído matrimonio civil. Comenzará el TC examinando en primer lugar la queja referida a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), como consecuencia de la incongruencia omisiva que la demandante imputa a la Sentencia de suplicación, ante la existencia de un posible óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa, esgrimido por el Ministerio Fiscal y por el Abogado del Estado en sus alegaciones respectivas; estima el TC que una eventual estimación de dicha queja (en caso de rechazarse el óbice procesal indicado) podría dar lugar a la anulación de la Sentencia impugnada, con retroacción de las actuaciones, impidiendo un pronunciamiento de fondo sobre la queja restante (por todas, SSTC 31/2001, FJ 2; 70/2002, FJ 2; y 25/2004, FJ 2). La recurrente aduce que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha dejado sin resolver las dos cuestiones esenciales planteadas en el primer y único motivo de su recurso de suplicación contra la Sentencia de instancia, referidas a si la propuesta del Obispado es susceptible de control jurisdiccional y si dicha propuesta, contraria a la renovación del contrato como profesora de religión de la trabajadora recurrente, vulneró sus derechos fundamentales y, en consecuencia, procede declarar como despido nulo su no renovación. El TC resuelve que esta queja ha de ser rechazada; se precisa por el TC que el denunciado vicio de incongruencia, de existir, estaría efectivamente afectado por la causa de inadmisión prevista en los arts. 44.1 a) y 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al no haberse instado el incidente de nulidad de actuaciones previsto, a la sazón, en el art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ; el TC tiene reiteradamente establecido que ése es el remedio procesal para reparar la lesión presuntamente sufrida en los casos de resoluciones judiciales que hubiesen incurrido en incongruencia en sus decisiones (entre otras muchas, SSTC 178/2000, FJ 3; 284/2000, FJ 3; 105/2001, FJ 3; 228/2001, FJ 3; 32/2002; y 39/2003, FJ 3). El TC declara que no cabe apreciar la concurrencia del vicio de incongruencia omisiva; para que tal vicio exista (STC 34/2004, FJ 2), es preciso que la Sentencia o la resolución judicial

que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuizada o sin respuesta, la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, aun estando motivada (SSTC 16/1998, FJ 4, 215/1999, FJ 3, 86/2000, FJ 4, y 156/2000, FJ 4), siendo posible incluso la desestimación tácita (por todas SSTC 86/2000, FJ 4, y 33/2002, FJ 3); en el caso de autos la Sentencia recurrida, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la recurrente, confirma íntegramente la Sentencia de instancia, razonando, resumidamente, que las cuestiones suscitadas por la recurrente en cuanto a que la propuesta del Obispado es susceptible de control jurisdiccional y que dicha propuesta vulneró sus derechos fundamentales y, en consecuencia, procede declarar como despido nulo su no renovación para el siguiente curso académico, es ajena a la pretensión deducida, pues ni siquiera existe despido, toda vez que, en virtud del art. III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, la decisión del ordinario diocesano de no proponer a la recurrente como profesora de religión para el siguiente curso escolar determinó la extinción del contrato temporal que aquella tenía suscrito con la Administración educativa, de conformidad con el art. 49.1 c) de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET). Siguiendo la argumentación del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Junta de Andalucía y la representación del Obispado de la diócesis de Almería, considera el TC que no existe el vicio de incongruencia omisiva que se denuncia en la demanda de amparo, toda vez que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha dado respuesta congruente en su Sentencia al único motivo del recurso de suplicación planteado por la recurrente, motivo que rechaza por entender que la recurrente parte de una premisa —la existencia de un despido— que la Sala considera incorrecta. Considera el Tc que la Sala se pronuncia en su Sentencia, por tanto, no sólo sobre la pretensión ejercitada por la demandante en el recurso de suplicación, que desestima, confirmando íntegramente la Sentencia de instancia, sino también sobre las concretas cuestiones alegadas en el recurso a las que se refiere la queja por incongruencia omisiva que se formula en la demanda de amparo, cuestiones que la Sala descarta enjuiciar por entender que son ajenas a la pretensión ejercitada. Considerará el TC que del razonamiento de la Sentencia de suplicación se infiere sin dificultad que la Sala parte de la premisa de la naturaleza temporal de la relación laboral de los profesores de religión y moral católica, así como del pre-

supuesto de que el ordinario diocesano goza de absoluta libertad para formular las propuestas que estime oportunas a la Administración educativa en cuanto a la contratación —o renovación— para cada curso escolar de los profesores de religión y moral católicas; en consecuencia, considera la Sala que el contrato de trabajo de los profesores de religión se extingue por vencimiento del término al finalizar cada curso académico, sin que el hecho de que habitualmente se produzca la renovación afecte a la existencia del término, sino al modo en que se efectúa la renovación del contrato; la no renovación del contrato no permite accionar por despido, toda vez que el despido presupone la existencia de una relación laboral y la decisión del empresario de poner fin a la misma, lo que no acontece en el presente caso, en el que la relación laboral de la profesora quedó extinguida al concluir el curso para el que había sido contratada a propuesta del Obispado; considera el TC que existe respuesta congruente en la Sentencia de suplicación a la pretensión planteada por la demandante en su recurso de suplicación e impugnada de contrario, por lo que descarta la existencia de la supuesta incongruencia omisiva que se aduce en la demanda de amparo y, por consiguiente, la vulneración alegada del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Procede ahora el TC a dilucidar si la respuesta judicial a la pretensión de la recurrente que se contiene en las Sentencias impugnadas en amparo ponderó adecuadamente los derechos fundamentales sustantivos cuya vulneración invocaba aquélla en el proceso *a quo*, y que considera lesionados por la decisión del ordinario diocesano de no proponerla como profesora de religión para el siguiente curso escolar (curso 2001/2002) por haber contraído matrimonio civil, lo que determinó la extinción de la relación laboral que venía manteniendo con la Administración educativa (decisión ratificada en la vía judicial); considera el TC que las Sentencias impugnadas en amparo desestimaron la pretensión de la recurrente por apreciar falta de acción, toda vez que los órganos judiciales han entendido que no existió despido, sino extinción del contrato de trabajo por expiración del tiempo pactado, al no ser propuesta la recurrente por el ordinario diocesano para su contratación como profesora de religión y moral católicas en el siguiente curso académico; el TC considera que no le corresponde determinar si la concreta pretensión de la recurrente debe ser calificada o no como una acción de despido, por ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción social (art. 117.3 CE); por el contrario, considera que sí le corresponde el análisis de si las Sentencias impugnadas

en amparo, que validan la decisión del ordinario diocesano, han vulnerado los derechos fundamentales sustantivos alegados por la recurrente; constatará el TC que la desestimación de la demanda de despido de la recurrente por falta de acción aparece ligada a la cuestión de fondo que se plantea en la demanda de amparo, como aparecía ligada igualmente en su demanda de despido y en las propias respuestas dadas a la misma en las Sentencias de la jurisdicción social; considera el TC que estas quejas necesariamente han de abordarse a la luz de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 38/2007, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de los párrafos primero y segundo del art. III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, así como respecto del párrafo primero de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre; en apoyo de su tesis traerá el TC la STC 38/2007: *es evidente que el principio de neutralidad del art. 16.3 CE, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993, ‘veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales’ en el desarrollo de las relaciones de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y las demás confesiones, antes bien sirve, precisamente, a la garantía de su separación, ‘introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva’ (STC 46/2001, FJ 4)”, al tiempo que advierte que: El credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de las relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE. Se sigue de lo anterior que también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable. Seguirá el Tc recordando su doctrina, ahora en la STC STC 38/2007, FJ 9: *La facultad reconocida a las autoridades eclesíásticas para determinar quiénes sean las personas cualifi-**

*cadadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público... En efecto, a partir del reconocimiento de la garantía del derecho de libertad religiosa de los individuos y las comunidades del art. 16.1 CE no resultaría imaginable que las Administraciones públicas educativas pudieran encomendar la impartición de la enseñanza religiosa en los centros educativos a personas que no sean consideradas idóneas por las respectivas autoridades religiosas para ello. Son únicamente las Iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla dentro de la observancia, como hemos dicho, de los derechos fundamentales y libertades públicas y del sistema de valores y principios constitucionales. En consecuencia, si el Estado, en ejecución de la obligación de cooperación establecida en el art. 16.3 CE, acuerda con las correspondientes comunidades religiosas impartir dicha enseñanza en los centros educativos, deberá hacerlo con los contenidos que las autoridades religiosas determinen y de entre las personas habilitadas por ellas al efecto dentro del necesario respeto a la Constitución que venimos señalando. En atención a estas ideas, continuará el TC, sentando las bases de su posición al recordar que esta exigencia no puede entenderse que vulnere el derecho individual a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) de los profesores de religión, ni la prohibición de toda obligación de declarar sobre su religión (art. 16.2 CE), principios que sólo se ven afectados en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública (arts. 16.1 y 16.3 CE) y con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE). Resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva (STC 38/2007, FJ 12); recordará el TC, al tiempo, que las relaciones existentes entre los profesores de religión y la Iglesia católica no son estrictamente las propias de una empresa de tendencia, tal y como han sido analizadas en diversas ocasiones por este Tribunal, sino que configuran una categoría específica y singular, que presenta algunas similitudes pero también diferencias respecto de aquella”, de tal suerte que la condición que deriva de la exigencia de la declaración eclesiástica de idoneidad no consiste en la mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso, sino que alcanza, de manera más intensa, a la determinación de la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe. El que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituya la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite, puede, con*

*toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe (STC 38/2007, FJ 10); afirmará el TC que el sistema de contratación de los profesores de religión y moral católicas en los centros educativos públicos no implica la conversión de las Administraciones públicas en una empresa de tendencia; para precisar a través de la contratación de los profesores de religión las Administraciones públicas no desarrollan tendencia ni ideario ideológico alguno, sino que ejecutan la cooperación con las Iglesias en materia de enseñanza religiosa en los términos establecidos en los acuerdos que la regulan y en las normas que la desarrollan, contratando para ello a personas que han sido previamente declaradas idóneas por las autoridades religiosas respectivas, que son las únicas que, desde el principio de aconfesionalidad del Estado, pueden valorar las exigencias de índole estrictamente religiosa de tal idoneidad (STC 38/2007, FJ 10); la exigencia de la idoneidad eclesiástica como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión y moral católicas en los centros de enseñanza pública tampoco vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), toda vez que esa exigencia responde a una justificación objetiva y razonable coherente con los principios de aconfesionalidad y neutralidad religiosa del Estado (STC 38/2007, FJ 11); traerá asimismo a su consideración la doctrina ya expuesta en la STC 38/2007, FJ 7: Este Tribunal declaró ya en su STC 1/1981, de 26 de enero, la plenitud jurisdiccional de los Jueces y Tribunales en el orden civil, en cuanto exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)... así como la STC 6/1997, en la que se reitera que los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas, regulados por la ley civil, son de la exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales civiles, como consecuencia de los principios de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE: STC 6/1997, FJ 6). No cabe, por lo tanto, aceptar que los efectos civiles de una decisión eclesiástica puedan resultar inmunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado; por ello cabe leer en el FJ 7 de la STC 38/2007: Que la designación de los profesores de religión deba recaer en personas que hayan sido previamente propuestas por el Ordinario diocesano, y que dicha propuesta implique la previa declaración de su idoneidad basada en consideraciones de índole moral y religiosa, no implica en modo alguno que tal designación no pueda ser objeto de control por los órganos judiciales del Estado, a fin de determinar su adecuación a la legalidad, como sucede con todos los actos discrecionales de cualquier autoridad cuando producen efectos en terceros, según hemos afirmado en otros supuestos, bien en relación con la denominada 'discrecionalidad técnica' (STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 3), bien en el caso de los nombra-*

*mientos efectuados por el sistema de ‘libre designación’* (STC 235/2000, FFJJ 12 y 13). Considera el TC que el derecho de libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado implican que la impartición de la enseñanza religiosa asumida por el Estado en el marco de su deber de cooperación con las confesiones religiosas se realice por las personas que las confesiones consideren cualificadas para ello y con el contenido dogmático por ellas decidido. Sin embargo tal libertad no es en modo alguno absoluta, como tampoco lo son los derechos reconocidos en el art. 16 CE ni en ningún otro precepto de la Constitución, pues en todo caso han de operar las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional serán, precisamente, los órganos jurisdiccionales los que deben ponderar los diversos derechos fundamentales en juego; en el ejercicio de este control los órganos judiciales y, en su caso, del TC, habrán de encontrar criterios practicables que permitan conciliar en el caso concreto las exigencias de la libertad religiosa (individual y colectiva) y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores; desde esta perspectiva resulta claro para el TC en primer lugar, que los órganos judiciales habrán de controlar si la decisión administrativa se ha adoptado con sujeción a las previsiones legales a las que se acaba de hacer referencia, es decir, si la designación se ha realizado entre las personas que el Diocesano ordinario ha propuesto para ejercer esta enseñanza y, dentro de las personas propuestas, en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad. O, en sentido negativo, habrán de analizar las razones de la falta de designación de una determinada persona y, en concreto, si ésta responde al hecho de no encontrarse la persona en cuestión incluida en la relación de las propuestas a tal fin por la autoridad eclesiástica, o a otros motivos igualmente controlables; mas allá de este control de la actuación de la autoridad educativa, los órganos judiciales competentes habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo; una vez garantizada la motivación estrictamente ‘religiosa’ de la decisión, el órgano judi-

cial habrá de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo. Apreciará el TC que en la demanda de amparo se aduce por la recurrente que tanto la Sentencia de instancia como la de suplicación, al confirmar la decisión de la Administración educativa de no renovar su contrato laboral como profesora de religión católica, con fundamento en la propuesta efectuada al efecto por el ordinario diocesano, vulneraron sus derechos a no ser discriminada por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Esa vulneración de derechos de la recurrente en amparo se habría producido porque las Sentencias impugnadas desestiman la pretensión de nulidad de despido formulada en el proceso partiendo de la inasumible premisa de considerar que las propuestas realizadas por el ordinario diocesano del lugar en virtud de lo dispuesto en el art. III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, no están sometidas a control alguno por parte de los Jueces y Tribunales del Estado español, por cuanto el ordinario diocesano tiene libertad absoluta para proponer a quien considere conveniente para impartir clases como profesor de religión católica; la recurrente reconoce expresamente que la facultad de propuesta del ordinario diocesano para la contratación de profesores de religión católica en cada curso escolar por la Administración educativa forma parte del contenido del derecho a la libertad religiosa protegido por el art. 16 CE, pero sostiene que no se trata de un derecho absoluto o incondicionado, sino que su ejercicio debe respetar los restantes derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente, por lo que los Jueces y Tribunales españoles pueden y deben controlar si las concretas propuestas efectuadas por la jerarquía eclesiástica, y asumidas por la Administración educativa competente, respetan los derechos fundamentales de los profesores de religión afectados por una decisión adoptada por una autoridad eclesiástica en el marco de un tratado internacional que forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud del art. 96 CE; asimismo sostiene la recurrente que las Sentencias impugnadas debieron declarar como despido nulo la no renovación de su contrato laboral de profesora de religión católica, pues tal decisión de la Administración educativa trae causa de una propuesta del Obispado de Almería lesiva de la dignidad perso-

nal (art. 10.1 CE) de la recurrente y de sus derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a no sufrir discriminación (art. 14 CE), pues está plenamente acreditado que no fue propuesta por el Obispado de Almería para seguir impartiendo clases como profesora de religión católica en el siguiente curso académico (curso 2001/2002) por haber contraído matrimonio civil, lo que constituye un móvil discriminatorio por razón de circunstancias personales; para el TC resulta incuestionable que la razón por la que el ordinario diocesano de Almería incluyó a la demandante de amparo en la relación de profesores de religión de enseñanza primaria que, habiendo prestado servicios como tales en el curso escolar 2000/2001, no son propuestos para el siguiente curso, fue el haber tenido conocimiento de que la demandante había contraído matrimonio civil con persona divorciada, circunstancia que se juzga incoherente con la doctrina de la Iglesia católica respecto del matrimonio; a tenor de la doctrina constitucional expuesta, el TC no puede compartir la afirmación que se contiene en la Sentencia de instancia en cuanto a que del art. III del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, y de la disposición adicional segunda de la LOGSE y restante normativa específica que regula la enseñanza de la religión católica en centros docentes, que se deduzca que las propuestas realizadas por el ordinario del lugar a la Administración educativa para los nombramientos de profesores de religión católica en cada curso escolar *no estén sometidas a control alguno por parte del Estado Español, pues la Autoridad académica viene obligada a nombrar como profesores de religión y moral católica a las personas propuestas por el Obispado, el cual tiene absoluta libertad para proponer en cada curso escolar a quien considere conveniente*; considera el TC, por el contrario, que, como ya se señaló en la STC 38/2007, FJ 7 en relación con el art. III del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, y a la disposición adicional segunda de la LOGSE, que contienen la regulación fundamental sobre la enseñanza de la religión católica en los centros docentes, es lo cierto que nada de lo establecido en dichas normas en cuanto a que la designación de los profesores de religión deba recaer en personas previamente propuestas por el ordinario diocesano (y que dicha propuesta esté basada en consideraciones de índole moral y religiosa), conlleva exclusión alguna de la potestad jurisdiccional de los Jueces y Tribunales españoles, de conformidad con los arts. 24.1 y 117.3 CE, en relación con el principio de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE) en consecuencia, no resulta acorde con esta exi-

gencia de plenitud jurisdiccional en cuanto al control de los efectos civiles de una decisión eclesiástica (SSTC 1/1981, FJ 11; 6/1997, FJ 7; y 38/2007, FJ 7), la premisa de la que parte la Sentencia de instancia al afirmar que las propuestas realizadas por el ordinario diocesano a la Administración educativa para los nombramientos de profesores de religión católica no están sometidas a control alguno por parte del Estado español; el TC apreciará que la Sentencia objeto de esta controversia constitucional llega a admitir a efectos dialécticos que si efectivamente la causa de la no renovación o no propuesta pues se trata de una relación laboral objetivamente especial que se caracteriza por la confianza que requiere el trabajo encomendado, por lo que es lógico que no se produzca la propuesta si quien tiene atribuida legalmente la competencia para efectuarla —la jerarquía eclesiástica— *ha perdido la confianza en la actora para impartir clases de religión católica porque considera que por el hecho de haber contraído matrimonio civil se ha apartado de la doctrina de la Iglesia católica*. Considera, sin embargo el TC que tal razonamiento judicial satisfaga las exigencias de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, pues, al margen de que no constituye *ratio decidendi* del fallo, es lo cierto que tal razonamiento viene a negar apodícticamente que este tipo de decisiones eclesiásticas adoptadas en el marco del art. III del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede puedan vulnerar los derechos fundamentales y laborales de los profesores de religión afectados, partiendo del presupuesto constitucionalmente inadmisibles de que tales decisiones del ordinario diocesano vinculan a la Administración educativa y no son susceptibles de revisión por los Jueces y Tribunales españoles; menos compartirá el TC la premisa sobre la que se asienta la fundamentación de la Sentencia dictada en el recurso de suplicación, en cuanto afirma que las cuestiones suscitadas por la recurrente acerca de si la propuesta del Obispado de Almería contraria a la renovación del contrato como profesora de religión por haber contraído matrimonio civil es susceptible de control jurisdiccional, y si dicha propuesta del Obispado vulneró los derechos fundamentales de la recurrente, son extrañas a la pretensión de nulidad de despido ejercitada; es criterio del TC que de este modo, la Sentencia de suplicación se desentiende por completo de la dimensión constitucional de la controversia sometida a su enjuiciamiento, que reduce a una cuestión de mera aplicación del precepto legal que regula la extinción de los contratos de trabajo de duración determinada por vencimiento del plazo pactado. En definitiva, las Sentencias impug-

nadas se han abstenido de ponderar los diversos derechos fundamentales en juego, limitándose a enjuiciar el conflicto planteado desde una perspectiva de estricta legalidad, desestimando la pretensión de la demandante de que se declarase como despido nulo la no renovación de su contrato de profesora de religión, por considerar que carece de acción, toda vez que los órganos judiciales han entendido que no ha existido despido, sino meramente una extinción de contrato de trabajo temporal por expiración del tiempo convenido [art. 49.1 c) LET], como consecuencia de una decisión del ordinario diocesano, vinculante para la Administración educativa y no susceptible de control jurisdiccional; concluirá el TC que una fundamentación como la reseñada en las Sentencias impugnadas, presidida por la insostenible tesis (rechazada por la STC 38/2007, FJ 7) de la inmunidad jurisdiccional de las decisiones de la autoridad eclesiástica adoptadas en el marco del art. III del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, no satisface las exigencias constitucionales de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, lo que conduce al otorgamiento del amparo. Considerará el TC que su enjuiciamiento ha de atender a resolver el conflicto entre los derechos fundamentales afectados, determinando si ha existido la vulneración denunciada por la demandante, atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de esos derechos; advertirá el TC que la lesión que invoca de sus derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales y a la intimidad personal y familiar se encuentra estrechamente conectada con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) pues lo que está en discusión es el derecho de la demandante a contraer libremente matrimonio con quien desee, no estando de más recordar que *la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución)* (STC 184/1990, FJ 3), sin que el ejercicio de este derecho pueda verse limitado por otros condicionamientos que los que resulten de las normas de orden público interno; en este orden de consideraciones, ha de tenerse en cuenta que el art. 32.1 CE proclama (en coherencia con los acuerdos internacionales sobre derechos humanos: art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y Convención de Naciones Unidas de 15 de abril de 1969 sobre con-

sentimiento para el matrimonio), que el *hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*, regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE), como ya señalamos en la STC 159/1989, FJ 5, y hemos reiterado en STC 39/2002, FJ 5. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tiene declarado, como recuerda la STEDH de 13 de septiembre de 2005 asunto B. y L. contra Reino Unido, § 34, que el ejercicio del derecho fundamental al matrimonio y a fundar una familia, garantizado por el art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) *plantea consecuencias sociales, personales y legales. Está sujeto a las legislaciones nacionales de los Estados contratantes, pero las limitaciones en ellas introducidas no deben restringir o reducir el derecho de tal manera o hasta tal punto que perjudiquen la esencia del derecho (véase Sentencia Rees contra el Reino Unido de 17 octubre 1986, § 50, y Sentencia F contra Suiza de 18 diciembre 1987, § 32)*; la conexión entre el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 CEDH (que se corresponde con el derecho a la intimidad personal y familiar proclamado por el art. 18.1 CE) y el derecho a contraer matrimonio reconocido por el art. 12 CEDH (que se corresponde con el art. 32.1 CE) ha sido reconocida reiteradamente por el TEDH (entre otras, SSTEDH de 17 de octubre de 1986, asunto Rees contra Reino Unido; 11 de julio de 2002, asunto I. contra Reino Unido; y 18 de abril de 2006, asunto Dickson contra Reino Unido); que asimismo ha reconocido (por todas, STEDH de 18 de diciembre de 1986, asunto Johnston contra Irlanda) la relación existente entre los referidos derechos y la prohibición de discriminación proclamada por el art. 14 CEDH (en términos similares al art. 14 CE); recordará además el TC que tiene reiteradamente señalado que *el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce* (SSTC 170/1997, FJ 4; 231/1988, FJ 3; 197/1991, FJ 3; 57/1994, FJ 5; 143/1994, FJ 6; 207/1996, FJ 3; 202/1999, FJ 2; y 186/2000, FJ 5, entre otras muchas); constituyendo asimismo doctrina consolidada del TC que la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación, lo que no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, FJ 6), pero sí representa

una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, FJ 5; 166/1988, FJ 2; 145/1991, FJ 2; y 200/2001, FJ 4). Determinara el TC que en desarrollo del art. 32.1 CE, así como del art. 149.1.8 CE, que establece como competencia exclusiva del Estado las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, el Código civil (art. 49 y ss.), tras la reforma introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula el derecho de los ciudadanos españoles a contraer matrimonio, tanto en forma civil (ante el Juez, Alcalde o funcionario establecido en el Código civil) como en forma religiosa (sea la católica, según las normas del Derecho canónico, sea la prevista por otra confesión religiosa inscrita). Apreciará el TC que la demandante de amparo, en el legítimo ejercicio de su derecho a la libre elección de cónyuge, contrajo matrimonio civil con persona cuyo estado civil era el de divorciado. No ha existido, pues, obstáculo alguno para que la demandante ejerciese su derecho constitucional a contraer matrimonio en condiciones de plena libertad e igualdad (arts. 14 y 32.1 CE), derecho que, el TC también ha tenido ocasión de precisar (SSTC 222/1992, FJ 5; y 47/1993, FJ 4), *no es ... un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (art. 45 del Código civil)*". Ahora bien, lo que aquí se discute no es, claro está, que la demandante haya podido ejercer libremente su *ius connubii*, sino si la reacción del Obispado de Almería al ejercicio por parte de la demandante de su derecho a contraer matrimonio con la persona elegida puede entenderse lesiva de los derechos fundamentales de aquélla. Entiende el TC que la cuestión que debe resolver, a la luz de la doctrina sentada en la citada STC 38/2007 es si la decisión del Obispado de Almería de no proponer a la demandante de amparo como profesora de religión y moral católicas para el curso 2001/2002, haciendo así desaparecer el presupuesto esencial de idoneidad que le permitía seguir desempeñando ese trabajo mediante una nueva contratación por parte de la Administración educativa española, encuentra cobertura en el derecho fundamental a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria, de la Iglesia católica (art. 16.1 CE), en relación con el deber de neutralidad religiosa del Estado (art. 16.3 CE), o si, por el contrario, tal decisión de la jerarquía eclesiástica vulnera el derecho fundamental de la demandante a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en conexión con su derecho a con-

traer matrimonio en la forma y condiciones establecidas en la ley (art. 32 CE), y asimismo en relación con su derecho a no sufrir discriminación por razón de sus circunstancias personales (art. 14 CE), y su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), que se configura como un derecho fundamental vinculado a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la propia personalidad (art. 10.1 CE), como ya ha quedado señalado (SSTC 202/1999, FJ 2, y 186/2000, FJ 5, por todas). Considerará el TC que la razón por la que la demandante no fue propuesta como profesora de religión y moral católicas para el curso 2001/2002 no fue otra que la circunstancia de haber tenido conocimiento el Obispado de Almería de que había contraído matrimonio civil con un divorciado, extremo que fue confirmado por la propia demandante al delegado diocesano en una entrevista mantenida con éste en mayo de 2001, en la que el delegado diocesano le manifestó que, en caso de persistir la situación creada, no sería propuesta como profesora de religión y moral católicas para el siguiente curso escolar, por considerar que su postura contradecía la doctrina de la Iglesia católica sobre el matrimonio, tomándose efectivamente por el Obispado al mes siguiente la decisión de no proponerla por tal motivo a la Administración educativa para su contratación como profesora de religión católica en el curso 2001/2002, lo que determinó que la demandante dejase de prestar servicios como profesora de religión católica al concluir el curso 2000/2001; conviene no olvidar, según el TC que la demandante había venido prestando servicios como profesora de religión y moral católicas durante sucesivos cursos en colegios públicos dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, al ser propuesta a tal efecto por el Obispado de Almería al comienzo de cada curso escolar, situación que se vio truncada en el curso 2001/2002 tras la entrevista sostenida en mayo de 2001 con el delegado diocesano a que se ha hecho mención, por la razón de haber contraído la demandante matrimonio civil el 1 de septiembre de 2000 y ello pese a que la demandante había manifestado en la entrevista al delegado diocesano que su marido iba a solicitar la nulidad de su anterior matrimonio (nulidad que les permitiría contraer matrimonio canónico). Considera el TC que resulta así que la decisión del Obispado de Almería de no proponer a la demandante como profesora de religión y moral católicas para el curso 2001/2002 responde a una razón cuya caracterización como de índole religiosa y moral no puede ser negada, la cual, a juicio de la autoridad eclesiástica, resulta determinante de su falta de idoneidad para impartir dicha enseñanza, como con-

secuencia de la discordancia de la conducta de la demandante de amparo con los postulados definitorios del credo religioso de la Iglesia católica en relación con el matrimonio. Reitera el TC que corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado la definición del propio credo religioso, así como el concreto juicio de idoneidad sobre las personas que han de impartir la enseñanza de dicho credo, permitiendo la Constitución que este juicio *no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, sino también que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia* (STC 38/2007, FJ 7). Una vez acreditado en este caso que la falta de propuesta del ordinario diocesano del lugar ha obedecido a criterios de índole religiosa o moral, cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en ejercicio del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado (art. 16.1 y 3 CE), es decir, una vez garantizada la motivación estrictamente religiosa de la decisión de no proponer a la demandante de amparo como profesora de religión y moral católicas, es necesario a continuación, de conformidad con la doctrina de la que hemos dejado constancia con anterioridad, *ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho a la libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo* (STC 38/2007, FJ 7); en este sentido, el TC ha declarado que los órganos judiciales y, en su caso, este Tribunal Constitucional, *habrán de encontrar criterios practicables que permitan conciliar en el caso concreto las exigencias de la libertad religiosa (individual y colectiva) y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores (ibidem)*; si el régimen del personal propio de la Iglesia católica ha de respetar, como no puede ser de otro modo, los derechos y libertades constitucionalmente garantizados, con mayor razón deben ser respetados los derechos fundamentales de los profesores de religión y moral católica, cuya vinculación contractual lo es, sin perjuicio de la facultad de propuesta del diocesano del lugar, con las Administraciones educativas titulares de los centros docentes mediante un contrato laboral (STC 38/2007, FJ 8); la renuncia por parte de los órganos judiciales a realizar la debida y requerida ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto de los profesores

de religión con el derecho de libertad religiosa de la autoridad eclesiástica, o una ponderación inadecuada a las circunstancias del caso, supone *per se* una vulneración de aquellos derechos; tal acontece en el presente caso, pues las Sentencias impugnadas en amparo niegan la posibilidad de control jurisdiccional de la decisión de la autoridad eclesiástica, y eluden, en consecuencia, la ponderación de los derechos fundamentales de la demandante, con el derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 y 3 CE) del Obispado de Almería; la razón aducida por el Obispado para justificar su decisión de no proponer a la demandante para ser contratada por la Administración educativa como profesora de religión y moral católicas en el curso 2001/2002, esto es, haber contraído matrimonio civil con persona divorciada, no guarda relación con la actividad docente desempeñada de la demandante, pues no afecta a sus conocimientos dogmáticos o a sus aptitudes pedagógicas, sino que se fundamenta, como ya quedó señalado, en un criterio de índole religiosa o moral, en cuanto el Obispado de Almería considera que la decisión de la demandante de contraer matrimonio en forma civil puede afectar al ejemplo y testimonio personal de vida cristiana que le es exigible según la doctrina católica respecto del matrimonio. Sin embargo, este criterio religioso no puede prevalecer, por sí mismo, sobre los derechos fundamentales de la demandante en su relación laboral como profesora de religión y moral católica; en este sentido es criterio del TC la conveniencia de recordar que *los profesores de religión ... disfrutarán de los derechos fundamentales y legales que como trabajadores tienen reconocidos en nuestro ordenamiento de manera irrenunciable, desde un criterio de máxima equiparación, bien que con las modulaciones que resultan de la singularidad de la enseñanza religiosa*(STC 38/2007, FJ 13), siendo así que en el presente caso la circunstancia de que la demandante hubiese contraído matrimonio civil aparece por completo desvinculada de su actividad docente Y todo ello sin que en ningún momento se afirme, por otra parte, que en su actividad docente como profesora de religión la demandante hubiese cuestionado la doctrina de la Iglesia católica en relación con el matrimonio, o realizado apología del matrimonio civil, ni conste tampoco en modo alguno que la demandante hubiere hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada. La decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con la persona elegida queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, de suerte que la motivación religiosa de la decisión del Obispado de Almería de no proponerla como profesora de religión para el siguiente curso escolar no justifica, por sí so-

la, la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de religión y moral católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE), como recuerda la citada STC 184/1990, FJ 3; es criterio del Tc que entenderlo de otro modo conduciría a la inaceptable consecuencia, desde la perspectiva constitucional, de admitir que quien no tiene impedimento alguno para contraer matrimonio en forma canónica, pero desea casarse con persona que sí lo tiene y no puede hacerlo en dicha forma religiosa por sus circunstancias personales, se vea obligada a elegir entre renunciar a su derecho constitucional a contraer matrimonio con la persona elegida o asumir el riesgo cierto de perder su puesto de trabajo como docente de religión y moral católicas, aun en el caso de guardar reserva sobre su situación personal, lo que supondría otorgar a la libertad religiosa una prevalencia absoluta sobre la libertad individual, conclusión que ha sido ya rechazada en la STC 38/2007, FJ 7, al declarar que a los órganos judiciales y, en su caso, al TC corresponde encontrar criterios practicables que permitan conciliar en el caso concreto las exigencias de la libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección de los derechos fundamentales de los profesores de religión y moral católica. Procede, en consecuencia, el otorgamiento del amparo por vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar, lo que conlleva la declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas, que ratificaron la decisión del Obispado de Almería de no proponer a la demandante como profesora de religión y moral católicas para el curso 2001/2002 (lo que, en efecto, determinó que no fuera contratada por la autoridad académica) sin ponderar si esa decisión vulneraba los derechos fundamentales de la demandante; debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a pronunciarse la Sentencia del Juzgado de lo Social para que dicte éste una nueva Sentencia en la que, partiendo inexcusablemente de la ponderación (y de su resultado) entre los derechos fundamentales en conflicto que acaba de establecerse en la presente Sentencia de acuerdo con la doctrina sentada en la STC 38/2007, resuelva sobre la decisión de no renovar el contrato de la demandante de amparo como profesora de religión y

moral católicas para el curso 2001/2002. EL TC otorga el amparo solicitado y en consecuencia reconoce los derechos a no sufrir discriminación por razón de sus circunstancias personales (art. 14 CE), a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida (art. 32 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Anula la Sentencia dictada el 13 de diciembre de 2001 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Almería en autos sobre despido núm. 881-2001, así como la Sentencia de 23 de abril de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Granada), dictada en el recurso de suplicación núm. 486-2002 interpuesto contra la anterior. 3º Retrotrae las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Almería, para que este órgano judicial dicte nueva Sentencia expresando la debida ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto, en los términos establecidos en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia.

**VP (Pablo Pérez Tremps):** Se discrepa con el planteamiento procesal seguido en la resolución del problema planteado en el presente recurso de amparo; discrepancia que no alcanza ni al otorgamiento del amparo ni a la doctrina aplicada al caso. La discrepancia radica en que se pretende derivar una lesión imputable a la Administración pública hacia los órganos judiciales que, por exigencias del principio de subsidiariedad, han de conocer necesariamente con carácter previo de la eventual lesión. En el presente caso quien valida la decisión del ordinario de no proponer a la recurrente como profesora de religión y moral católica para el siguiente curso académico no fueron los órganos judiciales, tal como llega a afirmarse en la fundamentación jurídica, sino la autoridad administrativa; el correcto planteamiento debería haber tenido la resolución de este amparo condicional, además, el propio alcance del amparo otorgado. Si se establece que el objeto de control constitucional es la validación que los órganos judiciales hacen de la decisión de la Iglesia católica de no proponer la contratación de la recurrente, es coherente con ello que el alcance del fallo sea el establecido en la Sentencia de retroacción de actuaciones para que sea el órgano judicial el que dicte nueva resolución con respeto al derecho fundamental vulnerado; en la medida en que también en la vía judicial el objeto de enjuiciamiento es la decisión administrativa de no contratación y no la de la Iglesia católica de no

proponer dicha contratación, lo único que se está pretendiendo con la retroacción acordada es que el órgano judicial realice una ponderación que corresponde a la Administración; desde la coherencia de este planteamiento, debería haberse anulado junto a las decisiones judiciales también la decisión administrativa, para que sea la Administración quien pondere y restaure la lesión de la libertad ideológica de la recurrente.

**3. Sentencia 79/2011, de (BOE de 4 de julio). Ponente: Pérez de los Cobos Orihuel (Cuestión de constitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 14

*otros:*

*Objeto:* Primer inciso del art. 19.5 de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica

*Materias:*

Se plantea la cuestión de inconstitucionalidad por supuesta vulneración del art. 14 de la Constitución, en cuanto establece que *en ningún caso pueden solicitar la adjudicación de una oficina de farmacia los farmacéuticos que hayan cumplido sesenta y cinco años de edad al inicio del procedimiento*; razonará el proponente que el precepto cuestionado introduciría una discriminación por razón de edad en el acceso a los concursos para la autorización de nuevas oficinas de farmacia que no puede considerarse justificada a la vista de las razones aducidas por la Administración autonómica, que en defensa de la constitucionalidad del precepto impugnado apela a las limitaciones de capacidad y aptitud de los mayores de sesenta y cinco años y, de otra, a las exigencias de planificación y organización, que chocarían con la posibilidad de que accediera a una nueva oficina de farmacia quien, en todo caso, no podría permanecer en la misma una vez cumplidos setenta años, a lo que se sumaría la conveniencia de atajar *situaciones especulativas*. Considera el TC que para poder afrontar la cuestión suscitada que la misma plantea una duda de constitucionalidad idéntica a la que, respecto del mismo precepto y planteada por el mismo órgano jurisdiccional, pende ante la Sala Primera bajo el número 7754-2004, de modo que su resolución debe responder a idénticos criterios. Constata el TC que el precepto cuestionado en el presente proceso ha sido derogado a la vista de la nueva redacción dada al artículo en que

se incardina por la Ley 7/2006, de modificación de la Ley 5/1999 de ordenación farmacéutica, siendo así que esta ley tiene como único objeto la eliminación del precepto cuestionado como reacción, precisamente, al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Será criterio del TC que la derogación del precepto cuestionado no determina la pérdida de objeto del presente proceso, dado que, tal y como tiene establecido consolidada doctrina de este Tribunal, recordada recientemente por la STC 22/2010, FJ2, particularmente en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad, *los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que la norma cuestionada, tras esa derogación o modificación, no sólo resulte aplicable en el proceso a quo sino también que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo*. Será la razón determinante que en el asunto planteado el precepto legal impugnado continúa siendo de aplicación para la resolución de la controversia en sede judicial. La cuestión suscitada en este proceso constitucional ha sido abordada en la STC 63/2011; en la misma se recordaba que la doctrina del TC relativa al principio de igualdad y a las prohibiciones de discriminación (art. 14 CE) fue resumida en la STC 200/2001, FJ 4 (y en los mismos términos ha venido reproduciéndose hasta la STC 59/2008), afirmando que: *El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de dife-*

*renciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, FJ 3; 49/1982, FJ 2; 2/1983, FJ 4; 23/1984, FJ 6; 209/1987, FJ 3; 209/1988, FJ 6; 20/1991, FJ 2; 110/1993, FJ 6; 176/1993, FJ 2; 340/1993, FJ 4; y 117/1998, FJ 8, por todas). La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, FJ 5; 166/1988, FJ 2; y 145/1991, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, FJ 3; 20/1991, FJ 2; 176/1993, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, FJ 6; 207/1987, FJ 2; 145/1991, FJ 3; 147/1995, FJ 2; 126/1997, FJ 8; en relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, FJ 4; 67/1998, FJ 5; ATC 22/1992; en relación con la edad, STC 31/1984, FJ 11); asimismo ha admitido el TC, no obstante, que también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC*

103/1983, FJ 6; 128/1987, FJ 7; 229/1992, FJ 2; 126/1997, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, SSTC 92/1991, FF JJ 2 a 4; 90/1995, FJ 4; en relación con la edad, STC 75/1983, FF JJ 6 y 7; en relación con la raza, STC 13/2001, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación. El TC en relación con este último extremo tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, FJ 4; 75/1983, FFJJ 6 y 7; 209/1988, FJ 6); la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2). Recordará el TC cómo en la STC 63/2011, insistía en que, por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, el TC la ha considerado una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización por el legislador como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto, en aplicación del cual el TC ha llegado a soluciones diversas, en correspondencia con la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados, tanto en procesos de amparo constitucional como de control de normas con rango de ley. Así, en la STC 75/1983, FJ 3, ya se afirmó *la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula*

*la del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad; de modo que la edad dentro de los límites que la ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública es una de las circunstancias comprendidas en el art. 14 y en el art. 23.2, desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios, si bien en el supuesto concreto analizado la diferenciación por razón de la edad se consideró justificada, mientras en la STC 37/2004, mereció un juicio de inconstitucionalidad. En la STC 31/1984, FJ 11, al abordar la cuestión de las diferencias establecidas en el salario mínimo interprofesional por razón de la edad, aun cuando finalmente se consideraron justificadas al manejarse la edad como indicativa de una distinta naturaleza y valor del trabajo desempeñado, se advirtió que la diferencia resultante, en cuanto se fundaría en la utilización de la 'edad' sin más razones como criterio de diferenciaciones salariales, estaría en contradicción con el mandato constitucional prohibitivo de la discriminación por razón de una circunstancia que ha de tenerse por incluida en la formulación genérica con la que se cierra el art. 14 de la CE; también en la STC 69/1991, FJ 4, se partió de la inclusión de la edad entre las circunstancias personales que no pueden ser razón para discriminar salvo que existan motivos justificados; el mismo punto de partida se trasluce en la STC 361/1993; admitirá la relevancia de la edad la STC 149/2004 como criterio sobre el que articular diferencias de trato normativo en materia de seguridad social; las SSTC 280/2006 y 341/2006 descartan la existencia de discriminación constitucionalmente ilegítima en el establecimiento convencional de una edad de jubilación obligatoria; ya también se recogía en la STC 63/2011 que este Tribunal se ha pronunciado también con relación a la edad en supuestos de oficinas de farmacia en dos recursos de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas que establecían como una causa de caducidad de las autorizaciones de farmacia el cumplimiento de setenta años; el debate suscitado en dichos recursos fue, (a) el de la compatibilidad de esta causa de caducidad con las bases estatales en materia de sanidad y, en especial, por su posible vulneración de la regulación estatal de la transmisibilidad de las farmacias; la decisión de este Tribunal fue la de entender que la Ley 16/1997, como norma básica estatal, deja a las Comunidades Autónomas, no la libertad de enervar la transmisibilidad de las farmacias, pero sí la de someter la transmisión a requisitos o condiciones que, naturalmente, no podrán ser arbitrarias, ni podrán entrar en pugna con la Constitución.(b)el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de interés público (las leyes autonómicas calificaban la atención farmacéutica de servicio de interés público) se conecta con di-*

*cho interés y ni impide la posibilidad de transmisión ni puede estimarse arbitraria* [SSTC 109/2003, FJ 10 a) y 152/2003, de 17 de julio, FJ 5 a)]; en la última de las SS citada el TC adujo expresamente la compatibilidad de la caducidad de las autorizaciones de farmacia por el cumplimiento de los setenta años de edad con relación al art. 14 CE: entendió el TC que había una justificación razonable y proporcionada en el interés público al que la autorización de farmacia está vinculada porque *el cumplimiento de aquella edad pudiera mermar la prestación de la actividad en las condiciones que requiere la finalidad a la que sirve*” [FJ 5 c)]; al tiempo que consideraba que *la aludida caducidad no enerva la posibilidad de la transmisión de los elementos patrimoniales de la oficina (art. 25.3), de un lado, y tampoco impide el ejercicio de su actividad profesional en otras áreas, la diferencia de trato que supone la caducidad de la autorización está justificada y no conlleva consecuencias desmedidas* [STC 152/2003, FJ 5 c)]. Considera el TC que la doctrina que acabamos de reseñar no es trasladable automáticamente a este caso; en aquéllas la edad de 70 años limitaba con carácter general el ejercicio de la actividad habilitada por una autorización de farmacia mientras que el precepto legal que objeto de esta cuestión sólo sujeta al tope de 65 años el desempeño farmacéutico derivado de la obtención de una nueva autorización, permitiendo sin embargo el normal ejercicio de una preexistente, lo que es una diferencia relevante a la hora de ponderar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción por razón de edad; por consiguiente, la edad es uno de los factores a los que alcanza la prohibición constitucional de fundar en ellos un tratamiento diferenciado que no se acomode a las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad recién mencionadas, la respuesta a la duda de constitucionalidad planteada vendrá dada por la valoración de las razones esgrimidas por los órganos autonómicos en pro de la justificación constitucional del distinto tratamiento que la ley cuestionada dispensa a los mayores de sesenta y cinco años; considerará el TC que al no hallarnos en el ámbito de la genérica interdicción de la desigualdad, sino en el de la prohibición de la discriminación por las causas que se contienen en el segundo inciso del art. 14 CE, el canon de control de la excepcional legitimidad constitucionalidad de la diferenciación por uno de esos factores, como lo es la edad, es mucho más estricto al enjuiciar la justificación y proporcionalidad de la diferenciación. En consecuencia, considera el TC que ha de analizar las razones que justifican la prohibición de participar en los procesos de adjudicación de autorizaciones para apertura de nuevas oficinas de farmacia a quienes tuvieran más de sesenta y cinco años al iniciarse el expe-

diente, que le lleva a las siguientes conclusiones: (a) no resulta constitucionalmente admisible justificar la prohibición contenida en la norma cuestionada en que a los sesenta y cinco años se produzca una merma de la aptitud y capacidad necesarias para desempeñar la asistencia farmacéutica; la disposición cuestionada supone presumir para los farmacéuticos que pretendan optar a obtener una autorización para abrir una nueva oficina de farmacia una incapacidad derivada de la sola circunstancia de haber superado los sesenta y cinco años de edad que, respecto del desarrollo de la actividad farmacéutica como titular de una oficina de farmacia, la ley sólo atribuye al farmacéutico mayor de setenta años; (b) sostendrá el TC que tampoco puede admitirse que la prohibición impuesta a los mayores de sesenta y cinco años constituya una medida justificada en las exigencias de planificación y organización del servicio, que se verían dificultadas si fuera posible el otorgamiento de autorizaciones a quienes, por razones de edad, no podrían mantenerlas más de cinco años a la luz de la previsión, ya citada, del art. 20.1 de la misma ley; la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años se manifiesta igualmente injustificada y desproporcionada, siquiera sea porque, tal y como pone de manifiesto la Sala *a quo*. En definitiva, concluye el TC, no resulta conforme con las exigencias del art. 14 CE que se impida con carácter general a los mayores de sesenta y cinco años la opción de concurrir a la obtención de una autorización so pretexto de que, por razón de su edad, no podrán ser titulares de la oficina de farmacia durante un periodo imposible de precisar apriorísticamente (pero que no cabe descartar que llegue a superar los tres años) cuando el tiempo de apertura mínima de la oficina tan sólo se exige a efectos de permitir la transmisión de la oficina de farmacia, reconociéndose incluso algunas excepciones a tal limitación; de ahí que quepa concluir que si la edad de sesenta y cinco años no es obstáculo para seguir ejerciendo la profesión de farmacéutico titular de la oficina de farmacia a la luz del art. 20 de la ley, entonces la prohibición de acceso a una nueva autorización para los mayores de esa edad no está conectada con el interés público presente en la ordenación del servicio farmacéutico, y sin embargo incide en una de las formas de ejercicio profesional, precisamente la articulada a través de la organización de una actividad empresarial, faceta en la cual no está justificada la restricción impuesta a los mayores de sesenta y cinco años. Rechazará el TC el argumento del carácter potencialmente especulativo de esas solicitudes que no puede justificar por su carácter preventivo una exclusión a radice de los mayores de sesenta y cinco años de la opción misma

de concurrir a los concursos para nuevas oficinas, frente a la alternativa de introducir mecanismos específicos que, sin sostenerse en tal exclusión absoluta, vayan dirigidos a eliminar o mitigar tales riesgos. Concluirá el TC que la prohibición establecida en la norma cuestionada implica una discriminación por razón de la edad que no es constitucionalmente admisible (art. 14 CE). Se estima la presente cuestión de inconstitucionalidad.

## II. DERECHOS Y LIBERTADES

### C. Principios rectores de la política social y económica.

#### 1. Sentencia 75/2011, de 19 de mayo (BOE de 11 de junio). Ponente: Aragón Reyes (Cuestión de inconstitucionalidad).

*Preceptos constitucionales:* 14, 39, 41.  
*otros:*

*Objeto:* Art. 48.4 del TR de la Ley del estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (LET), en la redacción dada por el art. 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

*Materias:* Derecho a la igualdad. Principios rectores de protección social de la familia. Régimen público de seguridad social: objeto y contenido

La cuestión de constitucionalidad planteada considera que la citada norma del Estatuto de los Trabajadores puede ser contraria al derecho a la igualdad (art. 14 CE), así como los principios rectores de protección social de la familia (art. 39 CE) y de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE). El precepto objeto de la cuestión, que regula la suspensión del contrato de trabajo en caso de parto, adopción y acogimiento, si bien formalmente es cuestionado en su integridad, conviene precisar que de la lectura del Auto de planteamiento de la cuestión se infiere que las dudas de constitucionalidad formuladas por el Juzgado de lo Social se contraen a su segundo párrafo. En síntesis, el Juzgado promotor de la cuestión considera que no existe justificación para que, en el supuesto de parto, el padre trabajador sólo pueda disfrutar del periodo

de descanso *voluntario*, y percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante ese periodo, si la madre le cede el derecho a disfrutar ese periodo, lo que sólo es posible si se trata de trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social. Considera el Tc conveniente situar brevemente el marco normativo en el que se inserta el precepto legal cuestionado y la evolución seguida por este precepto, así como la relativa al régimen jurídico del subsidio por maternidad, teniendo en cuenta que la presente cuestión se plantea en un proceso especial en materia de Seguridad Social en el que lo que se discute es el pretendido derecho de un padre trabajador por cuenta ajena, e incluido por ello en el régimen general de la Seguridad Social, a percibir el subsidio por maternidad en caso de parto, cuando su mujer no puede causar derecho a dicha prestación, ni a la suspensión del contrato de trabajo que constituye su presupuesto por no tratarse de trabajadora en alta en la Seguridad Social. En nuestro sistema de Seguridad Social se ha venido atendiendo originariamente a la maternidad como situación protegida dentro de la contingencia de incapacidad laboral transitoria, mediante una prestación económica a la que tiene derecho la mujer trabajadora en supuesto de parto durante el periodo de descanso que disfrute de acuerdo con la legislación laboral; así se establecía en la Ley general de la Seguridad Social de 1966, en el texto refundido de la Ley general de Seguridad Social de 1974, y en la redacción inicial del actual texto refundido de Ley general de Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, (si bien este texto legislativo ya incluye como situación protegida, dentro de la contingencia de incapacidad laboral transitoria, tanto la maternidad, como la adopción y el acogimiento previo, en coherencia con la modificación introducida en el art. 48.4 LET de 1980 por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, y la Ley 8/1992, de 30 de abril). No obstante, con la reforma de la LGSS por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, el descanso por parto, adopción o acogimiento, pasa a configurarse como una situación protegida autónoma, mediante la prestación por maternidad, diferenciada de la contingencia de incapacidad temporal, y además se reconoce el derecho a esta prestación también a los trabajadores por cuenta propia incluidos en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social (disposición adicional undécima bis LGSS), supuesto en el que, obviamente, no existe suspensión de contrato de trabajo. La normativa laboral, a su vez, ha venido reconociendo el derecho de la mujer trabajadora en supuesto de parto a la suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto, con una duración

que la antigua Ley de contrato de trabajo de 1944 (art. 79.3) fijó en doce semanas, ampliadas a catorce por la Ley de relaciones laborales de 1976 (art. 25.4), duración que se mantiene en la Ley del estatuto de los trabajadores de 1980 (art. 48.4), entendiéndose que en todo caso debe respetarse el periodo de descanso obligatorio postparto de seis semanas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 del Convenio núm. 103 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España el 26 de mayo de 1965. Con posterioridad, el art. 1.4 de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, amplió a las actuales dieciséis semanas ininterrumpidas la duración del descanso por maternidad, ampliables a dieciocho semanas en caso de parto múltiple, que pasa a la vigente LET de 1995 (el art. 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, amplía la duración en caso de parto múltiple a dos semanas más por cada hijo a partir del segundo). Advierte el TC que la situación que se pretendía proteger históricamente era justamente el parto (*maternidad biológica*), es decir, se contemplaba la maternidad desde el punto de vista de la protección de la salud de la trabajadora embarazada que hubiese dado a luz, por lo que se entendía que no cabía equiparar al supuesto de parto la adopción, y, en consecuencia, la adopción no daba derecho a la suspensión del contrato de trabajo, ni tampoco, claro está, a la protección de la Seguridad Social, como lo vino a confirmar expresamente la doctrina legal. La Ley que extendió al supuesto de adopción el derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto fue la Ley 3/1989 siempre que los adoptados fuesen menores de cinco años, con una duración de ocho semanas si el adoptado era menor de nueve meses, o de seis semanas si el adoptado era mayor de nueve meses y menor de cinco años, precisándose que en el caso de que el padre y la madre trabajasen, sólo uno de ellos podría ejercitar este derecho. Justamente esta reforma introducida por la Ley 3/1989 (y la Ley 8/1992) en el art. 48.4 LET de 1980 es la que determinó, como ya adelantamos, que la vigente LGSS incorporase ya en su redacción inicial como situaciones protegidas los períodos de descanso que procedieran conforme al citado precepto laboral, tanto en los casos de maternidad, como en los de adopción o de acogimiento previo. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, elevó a seis años la edad del adoptado o acogido para generar derecho a suspensión del contrato laboral con reserva de puesto, y suprimió el límite de edad en el caso de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, y amplió la duración del permiso

(dieciséis semanas ininterrumpidas) en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, al igual que en la filiación biológica; asimismo flexibilizó la opción de los padres adoptivos, cuando ambos trabajen, en el disfrute del permiso, pudiendo optar por su disfrute exclusivo por uno de ellos o de forma simultánea o sucesiva por ambos, siempre dentro del límite máximo total establecido. De este modo, el derecho a suspender el contrato de trabajo, y a percibir la prestación de maternidad no se configura en el supuesto de la adopción (y del acogimiento) como un derecho de la mujer trabajadora (a diferencia de lo venía sucediendo históricamente en el supuesto de parto), toda vez que el hecho biológico del embarazo y el alumbramiento no existe en el supuesto de filiación adoptiva y acogimiento de menores, sino, de manera coherente, como un derecho que puede ser ejercido indistintamente por el padre o madre adoptivos, cuando ambos son trabajadores por cuenta ajena, e incluidos por tal motivo en la Seguridad Social. Asimismo fue la Ley 3/1989 la que introdujo la regla conforme a la cual, en el caso de que ambos padres trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por parto, podrá optar por que el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas del periodo de suspensión del contrato de trabajo, salvo que la reincorporación al trabajo de la madre en ese momento suponga riesgo para su salud; por su parte, la Ley 39/1999 amplió el alcance de esta opción, permitiendo que la madre trabajadora opte porque el padre trabajador disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, de forma simultánea o sucesiva con el descanso de la madre, con excepción en todo caso de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre, y con la indicada salvedad de que la reincorporación anticipada de la mujer a su puesto de trabajo no suponga riesgo para su salud. En este supuesto de cesión del derecho a la suspensión del contrato por la madre trabajadora al padre cuando éste sea también trabajador afiliado a la Seguridad Social, la prestación por maternidad será percibida por la madre y el padre en función a la duración del periodo de descanso disfrutado por cada uno, sin que en ningún caso se puede superar el máximo de dieciséis semanas. En resumen, como sostiene el TC, la evolución normativa en esta materia había conducido así a identificar dos situaciones básicas diferenciadas que el legislador ha juzgado merecedoras de protección en materia laboral y por el régimen público de la Seguridad Social: por un lado, el tradicional supuesto de protección en caso de parto (a), en el que la sus-

pensión del contrato con reserva de puesto de la legislación laboral pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales, y la prestación económica por maternidad de la Seguridad Social atiende a sustituir la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese período de descanso; y, por otro, el más reciente supuesto de protección en caso de adopción o acogimiento (b), en el que tanto la suspensión del contrato de trabajo como la prestación económica de la Seguridad Social responden a una finalidad distinta, pues en la filiación adoptiva y el acogimiento no se atiende, obviamente, a la clásica protección de la mujer trabajadora por razón del hecho biológico, sino a facilitar la integración del menor de corta edad adoptado o acogido en su nueva familia de adopción o acogida, propiciando la igualdad en el reparto de las responsabilidades familiares de los padres, por lo que no tendría sentido atribuir el derecho a la suspensión del contrato y a la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social, cuando ambos padres trabajen, a uno de ellos con preferencia al otro, al tiempo que resulta plenamente coherente que si sólo uno de los padres adoptivos o de acogida es trabajador por cuenta ajena en alta en la Seguridad Social sea éste quien tenga derecho a la suspensión del contrato de trabajo y, en su caso, a la correspondiente prestación por maternidad de la Seguridad Social. Ésta es, justamente, la solución adoptada por el legislador en la normativa vigente en el momento de plantearse la presente cuestión; será criterio del TC que en caso de parto es perfectamente coherente la configuración legal del derecho a la suspensión del contrato de trabajo y de la prestación por maternidad como un derecho originario de la madre trabajadora, que puede ceder en parte al padre, cuando éste también trabaje, con ciertas limitaciones, de donde se sigue la consecuencia de que, en la regulación en vigor en el momento de plantearse la presente cuestión, si la madre biológica no es trabajadora en alta en la Seguridad Social no tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto y no es sujeto causante del subsidio por maternidad, por lo que no puede ceder un derecho inexistente al padre, aunque éste sí sea trabajador por cuenta ajena, en alta en la Seguridad Social, como sucede en el caso enjuiciado en el proceso *a quo*, y como en efecto lo ha venido confirmando reiteradamente en casos análogos la jurisprudencia del orden social (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2000, 20 de noviembre de 2001 y 18 de marzo de 2002). Analizará ahora el TC las modificaciones que en relación con estos derechos se llevan a cabo en la LO

3/2007 en orden a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con vigencia a partir de 24 de marzo de 2007; la DA 11ª Ley Orgánica 3/2007 (precepto con rango de ley ordinaria, de conformidad con la disposición final segunda de dicha Ley) modifica el art. 48.4 LET, introduciendo nuevas reglas en cuanto al derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad; por lo que se refiere a la facultad de la madre de ceder al padre, cuando ambos trabajen, su derecho a la suspensión del contrato de trabajo en caso de parto, se suprime la regla que impedía el disfrute por el padre del periodo cedido cuando la reincorporación anticipada al trabajo de la madre supusiera riesgo para su salud: ahora si sobreviniera tal supuesto el padre podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido, pasando la madre a la situación de incapacidad temporal (art. 48.4, párrafo segundo, LET); se amplía también el derecho del padre trabajador a la suspensión del contrato por maternidad en caso de fallecimiento de la madre, pues podrá hacer uso de la totalidad del periodo de suspensión y percibir la prestación por maternidad cuando la madre no fuera trabajadora y no hubiera podido, por tanto, tener derecho a la suspensión del contrato (art. 48.4, párrafo primero, LET); se otorga, además, al padre trabajador afiliado a la Seguridad Social el derecho a suspender su contrato de trabajo con reserva de puesto cuando la madre no pueda suspender su actividad profesional con derecho a la prestación por maternidad por no tratarse de trabajadora afiliada a la Seguridad Social, siendo este derecho del padre compatible con el disfrute del permiso por paternidad creado por la propia Ley Orgánica 3/2007 (actual art. 48 bis LET) de trece días de duración ininterrumpidos, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. El nuevo permiso por paternidad es un derecho individual y exclusivo del padre en el supuesto de parto, que es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el art. 48.4 LET, constituye la medida más innovadora de la Ley Orgánica 3/2007 para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, según establece su propia exposición de motivos. En fin, la Ley Orgánica 3/2007 amplía la duración del periodo de suspensión del contrato de trabajo en dos semanas más ininterrumpidas para los supuestos de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, pudiendo disfrutar de este periodo de descanso adicional indistintamente el padre o la madre, a su elección, cuando ambos trabajen (art. 48.4, párrafo noveno, LET); paralelamente asimismo se han introducido modificaciones en la regulación de las

prestaciones de Seguridad Social. Además de la creación de una nueva prestación por maternidad (arts. 133 sexies y 133 septies LGSS) para el supuesto especial de las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el periodo mínimo de cotización exigido, la principal novedad es la creación de la nueva prestación económica por paternidad (arts. 133 octies y ss. LGSS), a la que tiene derecho el padre trabajador durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por permiso de paternidad conforme al art. 48 bis LET, siendo esta prestación por paternidad compatible con la prestación por maternidad, como expresamente lo confirma el art. 3.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. De lo expuesto resulta que, tras la reforma del art. 48.4 LET por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, ha desaparecido el presupuesto en que se basaba la duda de constitucionalidad que le suscitaba la regulación precedente al Juzgado promotor de la presente cuestión, pues con la actual redacción del párrafo tercero del art. 48.4 LET, en el supuesto de parto, cuando la madre no tuviera derecho al periodo de descanso con derecho a prestación por maternidad, por no desempeñar actividad laboral o por ejercer una actividad profesional que no dé lugar a la inclusión en la Seguridad Social, el padre trabajador afiliado a la Seguridad Social tendrá derecho al periodo de suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto en su integridad (y a percibir, en su caso, el correspondiente subsidio de la Seguridad Social; precisará el TC cómo la modificación del precepto legal cuestionado por la disposición adicional undécima de la LO 3/2007, no implica la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad ahora considerada, conforme a nuestra doctrina (por todas, SSTC 199/1987, FJ 3; 109/1993, FJ 2; 174/1998, FJ 1; 273/2000, FJ 3; y 37/2002, FJ 3), en atención a que el juicio de constitucionalidad que hemos de efectuar sobre el art. 48.4 LET se conecta con su aplicación a un concreto proceso en el que el órgano judicial proponente de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*, esto es, en la redacción del art. 48.4 LET resultante del art. 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, toda vez que la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2007 no es de aplicación a situaciones anteriores a su entrada en vigor. Tras ese

preciso perfil del objeto del presente proceso constitucional, procederá el TC a examinar las dudas de constitucionalidad que plantea el órgano judicial promotor de la cuestión; según el TC las dudas de constitucionalidad han de entenderse referidas exclusivamente a la pretendida contradicción del art. 48.4 LET con el art. 14 CE, pues ninguna argumentación específica se contiene en el Auto acerca de la eventual contradicción del precepto legal cuestionado con los arts. 39 y 41 CE, cuya cita no pasa de ser una alusión meramente retórica; sin embargo, advierte el TC, es conveniente tener presente respecto del derecho a la igualdad con relación a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social que es doctrina de este Tribunal, resumida por la STC 197/2003, FJ 3, que *“el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17)”*. En definitiva, como advierte la propia STC 197/2003, FJ 6 in fine, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales *es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva -art. 53.3 CE-*, sin embargo este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, FJ 6). Centrado el objeto de la cuestión, recordará el TC su doctrina a tenor de la cual (STC 22/1981): *el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma,*

son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (SSTC 200/2001, FJ 4, y 88/2005, FJ 5, por todas); será propio del derecho de igualdad, su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas” (STC 181/2000, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, FJ 6; 29/1987, FJ 5; 1/2001, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro supuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (STC 200/2001, FJ 5); lo prohibido al legislador en aplicación del mencionado principio de igualdad, como recuerda la STC 125/2003, es configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria; sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable (STC 39/2002, FJ 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un término de comparación adecuado, elemento de contraste que ha de consistir en “una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos (ATC 209/1985, FJ 2); será tarea del juzgador constitucional examinar si los supuestos de hecho aportados por el Juzgado promotor de la cuestión como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere y si, en caso de que los términos de comparación sean idóneos, la diferencia de trato establecida por el legislador resulta justificada por venir fundada en criterios objetivos y razonables; el TC considera confuso el modo en que la cuestión se plantea; en efecto, son dos los términos de comparación que viene a ofrecer el Juzgado de lo Social de Lleida para cuestionar la constitucionalidad del art. 48.4 LET (en su nueva redacción) por su posible

contradicción con el art. 14 CE, al privar al padre trabajador de un derecho (a suspender su contrato de trabajo durante el periodo de *descanso voluntario*” y a percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante dicho periodo) en caso de parto cuando su esposa no desempeña actividad que dé lugar a su inclusión en algún régimen de la Seguridad Social; dos extremos plantea la cuestión: (a) la propia situación diferencial que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres), al configurar el derecho al *descanso voluntario* como originario de la madre, que puede cederlo al padre, siempre y cuando ambos sean trabajadores afiliados a la Seguridad Social; (b) el Juzgado considera que no existe justificación para la diferencia de trato en detrimento del padre entre el supuesto de parto y el supuesto de la adopción (o acogimiento), pues en el caso de parejas formadas por madre no afiliada a la Seguridad Social y padre trabajador sí afiliado que adopten un hijo podrá el padre disfrutar del periodo de descanso en su integridad (y del correspondiente subsidio por maternidad), mientras que en la misma situación sociolaboral, en el supuesto de parto el padre no podrá disfrutar ni siquiera del periodo de descanso *voluntario*. Comenzará el TC su análisis por la diferencia de trato entre hombres y mujeres (padres y madres) que establece el art. 48.4 LET, en la redacción resultante del art. 5 de la Ley 39/1999, a efectos del derecho a suspender el contrato de trabajo en el supuesto de parto; afirmará el TC que, aunque el término de comparación se estimase idóneo para trabar el juicio de igualdad, la conclusión no puede ser otra que la de descartar que exista la pretendida vulneración del art. 14 CE; el precepto legal cuestionado no puede entenderse contrario al art. 14 CE desde la perspectiva del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo; recordará el TC que la prohibición de tratamientos peyorativos fundados en el sexo *tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer* (por todas, SSTC 17/2003, FJ 3; 214/2006, FJ 2; y 3/2007, FJ 2), es lo cierto que la atribución del derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto no es discriminatoria para el varón, toda vez que, como ya se señaló, *la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre* (STC 109/1993, FJ 4); y aducirá el TC la cuestión sustantiva, es decir que *la baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección a la*

familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad (STC 324/2006, FJ 6). Recordará ahora el TC su doctrina en relación con la determinación del alcance de las exigencias que el art. 14 CE despliega con el fin de hacer efectiva la prohibición de discriminación de las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales: resulta preciso atender a circunstancias tales como *la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)*” (SSTC 109/1993, FJ 6, y 214/2006, FJ 6); en ese sentido ya se declaró que *la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo (STC 182/2005, FJ 4). No puede, pues, afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón del sexo). Y al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo; y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo, sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados (STC 109/1993, FJ 3); en definitiva será criterio del TC que la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también persigue evitar en el marco del contrato de trabajo las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzar, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado (SSTC 17/2003, FJ 3; 161/2004, FJ 3; y 324/2006, FJ 4); en este mismo sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al reconocer (Sentencia de 12 de julio de 1984, caso Hofmann, §§ 25 y 26) que las medidas legales de los Estados miembros consistentes en la concesión de un periodo de des-*

canso por maternidad, una vez expirado el plazo legal de protección posparto, reservando ese derecho a la madre trabajadora, con exclusión de cualquier otra persona, constituyen medidas conformes a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, y refundida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006), en cuanto persiguen la finalidad legítima de proteger la condición biológica de la mujer con motivo de su embarazo y después del mismo, por una parte, y de proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, por otra. Doctrina reiterada por el TJUE (Sentencia de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez), en la que si bien se aprecia que la disposición que excluye del permiso de lactancia a los padres trabajadores por cuenta ajena cuando la madre del niño no tiene a su vez la condición de trabajadora por cuenta ajena constituye una diferencia de trato por razón de sexo contraria a la Directiva 76/207/CEE, por estimar el Tribunal que, al haberse desvinculado el referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural, no puede entenderse que este permiso asegure la protección biológica de la mujer después de su embarazo y parto, sino que debe considerarse actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad (§ 29), al propio tiempo se advierte que esta situación del permiso de lactancia *se diferencia de la que dio lugar a la Sentencia Hofmann, antes citada, en la que la normativa nacional controvertida preveía la concesión de un periodo de descanso por maternidad una vez expirado el plazo legal de protección, y reservaba ese periodo de descanso a la madre, con exclusión de cualquiera otra persona* (§ 30), medida ésta que el Tribunal considera conforme a la citada Directiva de igualdad de trato entre mujeres y hombres, en cuanto tiene la doble finalidad de asegurar la protección de la condición biológica de la mujer trabajadora después de su embarazo, y la protección de las particulares relaciones entre madre e hijo tras el parto (§§ 27 y 29). Concluirá el TC que la regulación establecida en el art. 48.4 LET que configura el derecho a la suspensión del contrato de trabajo en el supuesto de parto como un derecho reservado a la madre trabajadora, que puede ceder al padre el disfrute el periodo de descanso *voluntario*, siempre que ambos padres

sean trabajadores por cuenta ajena, no supone para los varones vulneración alguna del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE); pasa el TC a afirmar que tampoco resulta el precepto cuestionado contrario al principio de igualdad ante la ley desde la perspectiva de la comparación entre el supuesto del parto y el supuesto de la adopción (o el acogimiento) cuando las madres no sean trabajadoras (o desempeñen una actividad profesional extramuros del sistema de Seguridad Social), pues se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado; considera el TC que los supuestos de parto y de adopción son plenamente equiparables desde el punto de vista de los derechos de los hijos, pero eso no significa necesariamente que del mismo modo tengan que ser supuestos equiparables a efectos de los derechos laborales y de la protección Seguridad Social de los progenitores y adoptantes; considerará el TC que en el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador al establecer en el precepto legal cuestionado el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato de trabajo con reserva de puesto durante dieciséis semanas ininterrumpidas y a la correspondiente prestación por maternidad de la Seguridad Social, en su caso (arts. 133 bis y ss. LGSS), es preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación, y haciendo compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales; considera el TC que en el supuesto de parto pueda hablarse con propiedad de *periodo de descanso por maternidad*, distinguiéndose entre un periodo de descanso *obligatorio*, y un periodo de descanso *voluntario*, que la madre trabajadora puede ceder al padre si lo estima oportuno, y siempre que el padre también sea trabajador; según el TC ello explica y justifica que, siendo el descanso por parto un derecho de la madre trabajadora, ésta pueda ceder al padre, cuando éste sea también trabajador, el disfrute del periodo de descanso *voluntario* en su integridad o parcialmente, de suerte que si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia no puede ceder al padre, aunque sí sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese periodo de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene. Por el contrario, y a diferencia de lo que sucede en el supuesto del parto, en la adopción (y en el acogimiento) no concurre la necesidad de proteger la salud de la mujer trabajadora,

por lo que la decisión del legislador de extender al supuesto de la adopción de menores de corta edad el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, absolutamente plausible, tiene una finalidad diferente al supuesto tradicional de suspensión del contrato de trabajo por parto, pues no se trata de garantizar la recuperación de la madre trabajadora mediante el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto durante un periodo determinado, sino de facilitar la integración del menor adoptado o acogido en la familia adoptiva o de acogimiento, y de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares; en el supuesto de adopción (o de acogimiento), cuando ambos padres trabajen, el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto durante el periodo establecido corresponde *ex lege* indistintamente al padre o madre, a elección de los propios interesados, pues no existe razón para dar preferencia en el disfrute del derecho a uno de los padres sobre el otro, mientras que si sólo uno de los padres es trabajador incluido en un régimen de la Seguridad Social el derecho al periodo de descanso laboral legalmente establecido, le corresponderá a aquél en exclusiva, como es lógico, puesto que sólo él puede ser titular del derecho en este caso. Finalizará el TC afirmando que la regulación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto en supuesto de parto, en la redacción del art. 48.4 LET que se encontraba vigente en el momento de plantearse la presente cuestión de inconstitucionalidad, no vulnera el art. 14 CE (ni tampoco los arts. 39 y 41 CE), lo que determina la desestimación de la cuestión.

*Sobre asunto similar véase la STC 78/2011.*

## V. FUENTES

### **1. Sentencia 74/2011, de 19 de mayo (BOE de 11 de junio). Ponente: (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 9.3, 134.

*otros:*

*Objeto:* DA 18ª de la Ley 25/2002, de 19 de diciembre, de PG de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2003, por la que se modifica el apartado 4 de la DA 9ª de la Ley 4/1991, de 13 de diciembre, de PD de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 1992.

*Materias:* LPGE: contenido esencial, contenido eventual; requisitos.

La DA recurrida es del siguiente tenor 4. *Los terrenos propiedad de las Administraciones y Empresas Públicas, o que se enajenen por éstas a partir de la entrada en vigor de esta Ley, y que se incorporen al proceso de urbanización y edificación de uso residencial, no podrán tener otro destino que la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social.* Se cuestiona la adecuación a la constitucionalidad por considerar que la DA impugnada restringe ilegítimamente las competencias de las Cortes de Castilla-La Mancha e infringe el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al incluir en la Ley de Presupuestos una materia que no es propia del contenido de esta fuente normativa, así como que resulta contraria a las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo establecidas por el Estado al amparo de la competencia que le reserva el art. 149.1.1 CE en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones; el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se opone a la estimación del recurso de inconstitucionalidad, al considerar que aquella disposición tiene cabida en el contenido posible, no necesario o eventual de la ley de presupuestos y que ha sido dictada por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de urbanismo. Se sostiene que aquella disposición no cumple los requisitos exigidos por la referida doctrina constitucional que harían posible su inclusión en la Ley de Presupuestos, pues es una norma con vocación de permanencia en el tiempo, cuya ubicación natural habría de ser la correspondiente legislación sectorial, al tratarse de prescripciones de naturaleza urbanística que establecen los usos y destinos para determinados terrenos por razón de su propietario, cuya ejecución supera el ámbito temporal de la ley de presupuestos; resulta inconstitucional al exceder de los límites del contenido de la Ley de Presupuestos por suponer una restricción ilegítima a las competencias de las Cortes de Castilla-La Mancha e infringir el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Para los representantes de la CA, la disposición recurrida en cuanto busca potenciar la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, tiene cabida en el contenido posible, no necesario o eventual de la Ley de Presupuestos; es complemento de un importante eje de la política económica de la CA en un escenario claramente especulativo en materia de vivienda que está impidiendo el cumplimiento del mandato constitucional del art. 47 CE; dicha disposición es complemento ne-

cesario y tiene una relación directa con la ejecución del programa 431A sobre promoción de viviendas de protección pública. Considerará el TC que el primer motivo de inconstitucionalidad que se imputa a la disposición recurrida ha de partir de la consolidada doctrina de este Tribunal sobre los límites materiales al contenido de las leyes de presupuestos, inicialmente elaborada en relación con las leyes de Presupuestos Generales del Estado (por todas, SSTC 32/2000, FJ 5; 109/2001, FJ 5; 67/2002, FJ 3; 34/2005, FJ 4; y 248/2007, FJ 4) y posteriormente extendida o no, en atención al canon de constitucionalidad aplicable en cada caso, a las Leyes de Presupuestos de determinadas CCAA (SSTC 174/1998, FJ 6; 130/1999, FJ 5; 180/2000, FFJJ 4 y 5; 274/2000, FFJJ 5 y 6; 202/2003, FJ 9; y 7/2010, FJ 4); de acuerdo con esta doctrina, el objeto de las leyes de presupuestos generales del Estado, a diferencia de lo que en principio sucede con las demás leyes, no puede ser libremente fijado, sino que posee un contenido mínimo, necesario e indisponible, al que puede añadirse un contenido eventual o posible, estrictamente delimitado, de modo que las materias situadas fuera de ese ámbito están constitucionalmente vedadas a las leyes de presupuestos generales del Estado; esta limitación material deriva, en primer lugar, de la específica función que constitucionalmente se atribuye a este tipo de fuentes; en segundo lugar, de las especificidades de su tramitación parlamentaria, y, por fin, de las exigencias del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, entendido como certeza del Derecho (*debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo origina* o debido a que ese principio de certeza *exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido como la de Presupuestos Generales no contengan más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional* (por todas, SSTC 76/1992, FJ 4, y 195/1994, FJ 2). Es doctrina del TC que el contenido mínimo, necesario e indisponible de las leyes de presupuestos generales del Estado es el explícitamente proclamado en el art. 134.2 CE; la previsión anual de la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado; el contenido eventual resulta limitado estrictamente a aquellas materias o cuestiones que guarden directa relación con las previsiones de ingreso y las habilitaciones de gasto de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que aquéllas se sustenten o que sean complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto, excluyendo, en principio, normas típicas del Derecho codificado o disposiciones de carácter general por la inseguridad

jurídica que implica su modificación a través de esta vía, salvo que guarden relación directa con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan. El cumplimiento de las indicadas condiciones resulta necesario para justificar la restricción de las competencias del poder legislativo, propia de las Leyes de Presupuestos, y para salvaguardar la seguridad jurídica. Desde una perspectiva temporal este Tribunal ha admitido la inclusión en una Ley de Presupuestos de disposiciones con vocación de permanencia, aun cuando determinadas regulaciones llevadas a cabo en esta ley encuentren su ubicación normativa natural y técnicamente más correcta en las disposiciones generales que regulen los regímenes jurídicos a los que se refieren (por todas, SSTC 76/1992, FJ 4; 32/2000, FFJJ 5 y 6; 274/2000, FJ 4; y 248/2007, FJ 4). La doctrina constitucional que se acaba de reseñar ha sido formulada respecto de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (LPGE), no pudiendo inferirse sin más de los preceptos constitucionales que regulan instituciones del Estado reglas y principios de aplicación por vía analógica a las instituciones autonómicas homólogas. El TC se plantea si esa doctrina es igualmente aplicable a los Presupuestos Generales de las CCAA, es decir, si éstas se encuentran sometidas a límites materiales análogos a los de las LPGE. El TC ha tenido también ocasión de declarar que el canon de constitucionalidad aplicable a las fuentes normativas de las CCAA es el que se contiene en sus respectivos EEA, en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias entre el Estado y las CCAA y, por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio y, evidentemente, en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las CCAA (SSTC 116/1994, FJ 5; 174/1998, FJ 6; 180/2000, FJ 5; 202/2003, FJ 9; y 7/2010, FJ 4). La Ley objeto de la presente controversia constitucional dispone que corresponde al Consejo de Gobierno la elaboración y aplicación del Presupuesto de la Comunidad Autónoma y a las Cortes de Castilla-La Mancha su examen, aprobación y control, estableciendo, además, que el presupuesto *será único, tendrá carácter anual e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos de la Junta de Comunidades y de los organismos y entidades dependientes de la misma*, y que debe igualmente consignarse en él *el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a la Comunidad Autónoma* [arts. 9.2 b) y 51 EACM]. Esta definición del contenido de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma coincide sus-

tancialmente con la recogida en el art. 21.1 LOFCA, según la cual *[l]os presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrá carácter anual e igual periodo que los del Estado, atenderán al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos de los organismos y entidades integrantes de la misma, y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades*. Por su parte, en la sección segunda, titulada “Del Proyecto de Ley de Presupuestos”, del capítulo III, denominado “De las especialidades del procedimiento legislativo”, del título VI, que lleva por rúbrica “Del procedimiento legislativo”, del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha de 16 de octubre de 1997 se regulan las especialidades de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Presupuestos y las restricciones impuestas a la misma respecto al procedimiento legislativo ordinario (arts. 161 a 165). De los indicados preceptos se desprende que existe también en este caso en cuanto al problema planteado interesa una identidad sustancial entre las normas que integran el bloque de la constitucionalidad aplicable a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y cuanto dispone respecto del Estado el art. 134.2 CE, precepto del que este Tribunal ha deducido la existencia de límites materiales al contenido de la LPGE. En consecuencia, el TC inferirá igualmente ahora por lo que atañe a la LPG CA la existencia de un principio general, conforme al cual el contenido de dicha ley ha de adecuarse *a la función constitucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de la política económica en que se sustentan, o que no sean complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto*” (STC 274/2000, FJ 6; en el mismo sentido, SSTC 180/2000, FJ 5, y 202/2003, FJ 9). De acuerdo con esta doctrina procederá el TC a analizar si la disposición adicional impugnada respeta los límites materiales que resultan para la LPGCA, mediante la misma se da nueva redacción al apartado 4 de la disposición adicional novena de la Ley 4/1991, de 13 de diciembre, de presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el ejercicio de 1992, apartado que forma parte de una disposición adicional en cuyos apartados precedentes se faculta a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para delimitar las áreas en que las transmisiones de terrenos y edificaciones quedan sujetas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto (apartado 1); se regula el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y se prescribe que

tendrá por finalidad la adquisición de suelo destinado a viviendas de protección oficial o libre a precio tasado, actuaciones industriales públicas u otras de finalidad social (apartado 2); y, en fin, tras atribuir al Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Política Territorial, la delimitación de las áreas antes aludidas, previa información pública y consulta al Ayuntamiento correspondiente, se dispone, a efectos del posible ejercicio del derecho de retracto, la notificación a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de todas las transmisiones onerosas que se realicen desde el inicio de información pública. En la exposición de motivos de la Ley 4/1991, de 13 de diciembre, la única referencia que se contiene en relación con su disposición adicional novena es para resaltar *en el marco de la política de vivienda, la atribución a la Junta de Comunidades de los derechos de tanteo y retracto sobre las áreas previamente delimitadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Política Territorial y consultados los Ayuntamientos correspondientes*. La novedad introducida por la disposición impugnada consiste en la supresión en su redacción primigenia del inciso final *de acuerdo con el planeamiento urbanístico*, manteniéndose en lo demás inalterado el contenido del citado apartado; el apartado en cuestión, al que da nueva redacción la disposición recurrida, determina el destino urbanístico de determinados terrenos cuando se incorporen a un proceso de urbanización y edificación. Se cuestiona la eventual inclusión en la norma presupuestaria en atención a la vocación de permanencia de la norma cuestionada; el TC considera que debe tenerse en cuenta, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional antes señalada, que el criterio de la temporalidad no resulta en principio determinante de la constitucionalidad o no de una norma desde la perspectiva de su inclusión en la Ley de Presupuestos, pues nada impide, en principio, la inclusión en ella de una norma con vocación de permanencia, aun cuando determinadas regulaciones llevadas a cabo en esta fuente normativa encuentren su sede normativa natural y técnicamente más correcta en disposiciones generales que disciplinan los regímenes jurídicos a los que se refieren (SSTC 65/1990, FJ 3; 32/2000, FJ 6; 109/2001, FJ 6; y 67/2002, FJ 4). La disposición impugnada, por su contenido y finalidad, es evidente que no puede ser encuadrada en lo que ha definido el TC como núcleo mínimo, necesario e indisponible de las Leyes de Presupuestos, consistente en la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos; se trata, advierte el TC, de una materia distinta a la estrictamente presupuestaria, en consecuencia se ha de determinar si cumple los requisitos establecidos por

la doctrina del TC como condicionantes de la legitimidad de la inclusión en las Leyes de Presupuestos de materias que no forman parte del contenido mínimo, necesario e indisponible de este tipo de leyes. Será criterio del TC que la determinación del destino urbanístico de los terrenos a los que se refiere la disposición impugnada no guarda relación directa con los ingresos o gastos de la Comunidad Autónoma, pues ninguna incidencia tiene sobre los gastos autorizados y carece de una repercusión directa sobre los ingresos presupuestarios; aun considerando que pudiera derivarse algún ingreso por vía impositiva para la Comunidad Autónoma como consecuencia de la incorporación de dichos terrenos a un proceso de urbanización y edificación y la puesta en marcha de este proceso, tal posibilidad, meramente futurible e hipotética, no presenta una conexión directa con las concretas previsiones de ingresos incluidos en la Ley de Presupuestos; ninguna partida presupuestaria de previsión de ingresos o habilitación de gastos a las que se refiere en su escrito de alegaciones presenta una relación directa, que es el tipo de la requerida por la doctrina del TC, con la disposición impugnada, ni, en consecuencia, se contemplan en ellas gastos o ingresos directamente destinados o provenientes del contenido de la disposición recurrida; reitera el TC que debe descartarse también que la disposición impugnada guarde relación directa con los criterios de política económica general de los que el presupuesto es instrumento; se trata de la determinación del destino urbanístico de determinados terrenos, que dependerá, además, de su incorporación a un proceso de urbanización y edificación de uso residual; es indudable su incidencia en la política urbanística y de vivienda y, en particular, en la disponibilidad de terrenos para la construcción de viviendas de protección pública u otros usos de interés social, pero su conexión con la política económica general en que se inspira el presupuesto es secundaria o accidental, insuficiente, en toda caso, para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos, so pena de identificar la política económica general con cualquier medida sectorial, de la envergadura que sea, que tenga o pueda tener una incidencia económica y social en tanto que en ella se pueda sustentar una determinada actuación u objetivo político; pero esta incidencia no es suficiente para poder afirmar que se da la necesaria conexión directa de la disposición impugnada con los criterios de política económica general del Gobierno de los que los Presupuestos son expresión, salvo que se adopte un concepto desmesurado y por tanto inoperante desde la perspectiva de los instrumentos directamente relacionados con los

crITERIOS que definen la política económica del Gobierno, la determinación del destino urbanístico de determinados terrenos, condicionado, además, a su incorporación a un proceso de urbanización y edificación de uso residencial, no puede calificarse como un complemento necesario de la misma, ni tiene una incidencia relevante sobre ella; asimismo niega el TC que pueda llegar a entenderse que la disposición impugnada sea complemento necesario para la mayor inteligencia y más eficaz ejecución del Presupuesto, pues en nada afecta a los PGCA en sí mismos considerados, ni a su ejecución, por lo que tampoco desde esta perspectiva puede justificarse su inclusión en la Ley de Presupuestos; atendiendo al contenido de la disposición impugnada, apreciará el TC que mantienen sustancialmente inalterada su primigenia redacción en cuanto al destino urbanístico de los terrenos a los que se refiere aquel apartado, con la única salvedad de suprimir la referencia al planeamiento urbanístico, lo que revela en realidad que se trata de una típica norma que se integra dentro de la materia de urbanismo con vocación de permanencia en el tiempo y cuya ubicación natural sería la legislación específica que regula dicha materia sin que presente una conexión directa con las previsiones de ingreso y las habilitaciones de gasto de los PGCA para el ejercicio del 2003, ni con los criterios de política económica general en que aquéllas se sustentan, ni es complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor o más eficaz ejecución del presupuesto; la existencia de límites materiales al contenido de la Ley de Presupuestos posee como fundamento, esencialmente, además de las especialidades de su tramitación parlamentaria, de una parte, la función institucional que le atribuye el bloque de la constitucionalidad (en este caso, los arts. 51 EACM y 21.1 LOFCA), y, de otra parte, la necesidad, por exigencias del principio de seguridad jurídica, de que tales leyes, dada la diversidad de sectores materiales y ámbitos de la realidad que son susceptibles de afectar, se atengan al contenido que les corresponde según su función constitucional. Por lo demás, recuerda el TC que es doctrina consolidada *[que] en los casos en los que se plantea la inconstitucionalidad de disposiciones contenidas en las leyes de presupuestos, precisamente por su falta de relación con los ingresos y gastos públicos, no suele resultar particularmente relevante la existencia o no de restricciones específicas a las facultades parlamentarias, pensadas, en la mayoría de los casos, para aquellas enmiendas de contenido netamente presupuestario al objeto de evitar el desequilibrio en las cuentas globales que integran el Presupuesto (STC 27/1981, FJ 2; 65/1987, FF JJ 4 y 5) [STC 274/2000, FJ 7].* Se estima el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia,

se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional decimoctava de la Ley 25/2002, de 19 de diciembre, de PGCA de Castilla-La Mancha.

## VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

### A. Comunidades Autónomas.

#### B.2. Competencias.

#### **1. Sentencia 118/2011, de 5 de julio (BOE de 2 de agosto). Ponente: Gay Montalvo (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 149.11; 149.13.  
*otros:*

*Objeto:* Diversos apartados del art. 8, las disposiciones transitorias décima y undécima y la disposición final primera de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero

*Materias:* Competencias básicas del Estado y competencias de desarrollo de éstas.

El presente proceso constitucional debe resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía contra los preceptos *supra reseñados*, preceptos todos ellos que hacen referencia a las modificaciones en el régimen jurídico de las cajas de ahorros introducidas por la citada Ley 44/2002 en diversos preceptos de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros (LORCA). El fundamento del recurso interpuesto reposa en la alegación de que los preceptos impugnados excederían de la competencia básica estatal ex arts. 149.1.11 y 13 CE, invadiendo el ámbito que en la materia tiene reservado la Comunidad Autónoma de Andalucía. Con carácter previo a cualquier otra consideración debemos poner de manifiesto que durante la pendencia del mismo algunos de los preceptos impugnados han sufrido modificaciones sobre cuyo alcance, en lo que respecta a la pervivencia del objeto del proceso, considerará el TC que ha de pronunciarse; a este fin se ha de tener presente la reiterada doctrina del TC, según la cual (por todas STC 194/2004, FJ 4) *en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, recurso abstracto y orientado a la depura-*

*ción objetiva del ordenamiento, la pérdida sobrevenida de la vigencia del precepto legal impugnado habrá de ser tenida en cuenta por el Tribunal para apreciar si la misma conlleva la exclusión de toda aplicabilidad de la Ley [pues], si así fuera, no habría sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional. Por ello carece de sentido, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento, de modo total, sin ultractividad (SSTC 160/1987, FJ 6; 150/1990, FJ 8 y 385/1993, FJ 2)’ (STC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2). Sin embargo en esta misma Sentencia y fundamento jurídico también manifestamos que ‘constituyen una excepción a esta regla general aquellos supuestos en los que a través de un recurso de inconstitucionalidad lo que se trata en realidad es una controversia en el ámbito de las competencias respectivas del Estado y de las Comunidades Autónomas’, de modo que este Tribunal ‘sólo está llamado a pronunciarse sobre la titularidad de una competencia en la medida en que se trate de una competencia controvertida o de que la disputa esté todavía viva, debiendo inevitablemente resolver los términos de un conflicto mientras la esfera respectiva de competencias no resulte pacífica y aunque la disposición sobre la que se trabó el conflicto resulte luego derogada o modificada. En definitiva, la función de preservar los ámbitos respectivos de competencias no puede quedar enervada por la sola derogación o modificación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio, cuando aquella preservación exige aún, porque así lo demandan las partes, o al menos una de ellas, una decisión jurisdiccional que declare, constatando si se verificó o no la extralimitación competencial denunciada, su definición constitucional o estatutaria (SSTC 182/1988, FJ 1; 248/1988, FJ 2, y 167/1993, FJ 2; 329/1993, FJ 1, y 165/1994, FJ 2)’ (STC 196/1997, FJ 2, y en igual sentido, STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 2); a su vez considerará el TC que ha de tener en cuenta que para el caso de que las tachas de inconstitucionalidad que se formulen sean, a la vez, de orden competencial y no competencial, ha de atender a la circunstancia de que la vindicatio potestatis haya sido aplacada por la nueva regulación, a fin de valorar si dicha modificación normativa sobrevenida ha hecho que el recurso pierda su objeto (STC 109/2003, FJ 2). Teniendo en cuenta ambas premisas, considera el TC que ya está en condiciones de valorar las consecuencias de las modificaciones sobrevenidas durante la pendency del presente proceso; en primer lugar, resulta que la disposición adicional segunda de la Ley 5/2005 de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero ha dado nueva redacción a la disposición adicional segunda LORCA, sustituyendo a la que se contenía en el art. 8.15 de la Ley 44/2002, que modificó la disposición adicional segunda LORCA, la cual, en la redacción que*

a la misma había dado el art. 8.15 de la Ley 44/2002, había sido recurrida por el Parlamento de Andalucía por entender que el establecimiento de un régimen jurídico específico para las cajas de ahorros fundadas por la Iglesia Católica carecía de justificación y privaba a la Comunidad Autónoma de Andalucía del ejercicio de las competencias respecto a las domiciliadas en dicha Comunidad Autónoma. No obstante las modificaciones normativas producidas, entiende el TC que no ha desaparecido, al menos, la controversia competencial planteada por lo que entiende el TC que habrá de examinar, en su momento, la impugnación de que fue objeto la disposición adicional segunda; No será necesario, debido tanto a su estrecha vinculación con la disposición adicional segunda LORCA en la redacción del art. 8.15 de la Ley 44/2002 como a su vigencia temporal limitada, el examen autónomo de la impugnación de la disposición transitoria undécima, que habrá de entenderse resuelta en los términos de aquélla; entenderá el TC que en segundo lugar ha de hacer mención al Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, cuyo art. 3 modifica numerosos preceptos de la LORCA entre los que se encuentran algunos de los que, en la redacción de la Ley 44/2002, han sido aquí impugnados; así ocurre con los arts. 2.3, 9, 15 y 17, si bien en ninguno de los cuatro casos la modificación introducida ha afectado a la pervivencia de la controversia trabada respecto de cada uno de ellos; la modificación del art. 2.3, que prevé la limitación del porcentaje de representación de las Administraciones públicas en los órganos de gobierno de las cajas al 40 por 100 frente al 50 por 100 previsto en la redacción dada por la Ley 44/2002, en nada afecta a la pervivencia de la controversia en la que lo discutido no es la cuantía de dicho porcentaje de representación sino la competencia estatal para fijarlo; el art. 2.3 LORCA ha sido nuevamente modificado por la disposición final 3ª.1 de la Ley 36/2010 del fondo para la promoción del desarrollo sin que tampoco dicho cambio, relativo al porcentaje de representación a asignar a las entidades representativas de intereses colectivos, afecte a lo aquí discutido; por su parte la reforma del art. 9 LORCA no afecta a su apartado uno, recurrido en el presente proceso, mientras que la del art. 15 LORCA, precisando el requisito relativo a la posesión de los conocimientos y experiencia específicos para ser miembro del consejo de administración de una caja de ahorros, no guarda relación con la cuestión aquí discutida como tampoco lo hace, por último, la introducida en el art. 17.uno LORCA precepto en el que lo discutido se centra en el estableci-

miento de un límite de doce años para el ejercicio del cargo de vocal del consejo de administración de una caja de ahorros; constata el TC que no existe discrepancia entre las partes respecto a la materia competencial específica en la que se encuadran las cuestiones discutidas en el presente recurso, en el cual la controversia se traba en relación a la extensión y límites que deba tener la competencia estatal para establecer las bases en esta materia a fin de que la misma pueda ser considerada respetuosa de las competencias autonómicas con las que se relaciona; en lo que respecta a estas últimas durante la pendencia del presente proceso se ha modificado el Estatuto de Autonomía de Andalucía, de modo que la delimitación competencial que deberá tener en cuenta el TC a la hora de resolver las cuestiones planteadas en el presente recurso es la que resulta del art. 75 del EAA, de su tenor literal se desprende que la Comunidad Autónoma asume competencias exclusivas en lo que respecta a la regulación de la organización de las cajas de ahorros; sin embargo, en cuanto a ese carácter exclusivo de la asunción estatutaria de competencias, tendrá en cuenta el TC que, en tanto los Estatutos de Autonomía son norma subordinada a la Constitución (por todas, SSTC 247/2007, FJ 6 y 31/2010, FFJJ 3 y 4), la distribución competencial resultante ha de integrar como presupuesto las competencias que la Constitución reconoce al Estado (STC 205/1998, FJ 6, con cita de otras); acudirá el TC a su doctrina sobre las competencias autonómicas en materia de cajas de ahorros a tenor de la cual éstas no excluyen la estatal pues habrán de ejercerse dentro de las bases de la ordenación del crédito y de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (al respecto STC 48/1988, FJ 2; en igual sentido, STC 49/1988, FJ 16); de esta forma las competencias autonómicas en materia de cajas de ahorros no impiden la proyección de las competencias estatales que con ellas se relacionan, de modo que el ámbito de la competencia estatal en materia de cajas de ahorros no queda enervado por el hecho de que el transcrito art. 75 del EAA relacione determinadas atribuciones exclusivas de la Junta de Andalucía, pues, además, es el propio precepto estatutario el que así lo proclama, en tanto que asume competencias en la materia salvaguardando expresamente lo dispuesto en los arts. 149.1.11 y 13 CE; la utilización del término *competencia exclusiva* que se contiene en el art. 75 EAA para referirse a la competencia autonómica sobre la regulación de la organización de las cajas de ahorros, no enerva el ejercicio de las competencias estatales en materia de cajas de ahorros que tengan su domicilio en Andalucía; las competencias estatales en materia de ca-

jas de ahorros, en virtud de lo establecido en el art. 149.1.11 y 13 CE, de las que el propio precepto estatutario hace salvedad expresa, se proyectan sobre los diversos segmentos materiales o contenidos incluidos en la competencia de la CAA, debiendo entenderse que la expresión *en todo caso* que encabeza el listado de las competencias autonómicas tiene un alcance meramente descriptivo que no impide, por sí sola, el pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales, según ya se precisó en la STC 31/2010, FFJJ 59, 64 y 67. Recordará el TC las exigencias que, según su doctrina, han de satisfacer las normas básicas desde el punto de vista material pues, en este caso, dado el rango legal de los preceptos impugnados nada cabe decir en lo que respecta a su aspecto formal; de esta manera resulta que según ya se declaró *El ámbito de lo básico, desde la perspectiva material, incluye las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material* (STC 14/2004, FJ 11, con cita de otras). Entiende el TC que es procedente detenerse en el examen de dichas competencias estatales básicas en relación específicamente a las cajas de ahorros recordando que ya en la STC 1/1982, se indicó que no podía establecerse, a los efectos de la extensión de las bases estatales, una separación tajante entre la actividad externa o crediticia de las cajas y su organización de forma que las bases de ordenación del crédito deben contener tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios, entre los cuales se insertan legalmente las cajas de ahorros; de acuerdo a dicha doctrina y conforme a lo ya declarado en las SSTC 48/1988 y 49/1988, compete al Estado regular, con carácter básico, no sólo los aspectos relacionados con la actividad crediticia de estas entidades sino también determinadas cuestiones relativas a la estructura y organización de las cajas de ahorros, lo que se manifiesta en los dos principios informadores del modelo organizativo derivado de la normativa básica estatal en materia de cajas: el principio democrático y carácter representativo de las cajas, principios que deben conciliarse en todo caso con la exigencia de una gestión eficaz cumplida con criterios de estricta profesionalidad; como recuerda la STC 49/1998 FJ 16, *los intereses generales que persigue la ordenación estatal vienen señalados en forma expresa en el preámbulo de la ley: Democratizar los órganos de gobierno de las cajas, conciliar esa democratización con las exigencias de una gestión eficaz que deberá cumplirse con criterios estrictos*

tamente profesionales, y establecer una normativa de acuerdo con los principios que inspira la nueva organización territorial del Estado. Las normas de la LORCA deberán ser calificadas de básicas si se justifican por la necesidad de conseguir alguno de los objetivos que la misma LORCA les asigna; el primero de tales principios, la democratización de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros, impone que deban estar representados en sus órganos rectores todos los intereses genuinos de las zonas sobre las que operan, lo que ha de reflejarse necesariamente en las normas que determinan los órganos de gobierno, sus funciones y composición, pero también en aquellas que garantizan la renovación de los mismos, así como la autonomía de los grupos representados y la independencia de sus miembros, si bien sólo pueden incluirse en el marco estatal básico aquellas normas que resulten justificadas por el objetivo de garantizar los principios básicos que informan el modelo participativo diseñado por el legislador estatal, cuyo desarrollo corresponde a las CCAA, con el límite de no dar lugar a una conformación radicalmente distinta del modelo participativo establecido en la legislación estatal (SSTC 48/1998, FJ 3 y 49/1998, FJ 16); señalará el TC que el segundo principio, la exigencia de profesionalidad en la gestión, resulta indispensable para que las cajas de ahorros puedan prestar con la máxima eficacia sus servicios a la economía nacional, eficacia que exige la estabilidad de sus órganos y la profesionalización de éstos para que resulte compatible con su carácter representativo (STC 48/1988, FJ 3); finalmente recordará el TC que ya estableció que las competencias estatales no pueden producir un vaciamiento de las competencias autonómicas con lo que el marco estatal básico relativo a la configuración de las cajas de ahorros no puede concretarse de tal modo que conduzca de hecho a la uniformidad organizativa de las mencionadas entidades, impidiendo a las Comunidades Autónomas tener presente en su desarrollo las características peculiares de sus respectivos territorios (SSTC 48/1988, FJ 3 y 49/1988, FJ 16). EL TC considera que no puede atenderse la primera de las quejas presentada por la CAA por cuanto el reproche genérico que se realiza a los apartados 1, 4, 5, 9 y 10 del art. 8 de la Ley 44/2002, que incluyen distintas menciones a una eventual normativa de desarrollo que el recurrente entiende que va a ser dictada por el Estado; reproches de este tenor ya fueron formulados en relación con la competencia para dictar normas de desarrollo de la LORCA y fueron descartados por el TC en la ya citada STC 49/1988 (FFJJ 19 y 25) en la que se estimó que tales remisiones no debían entenderse hechas a la potestad reglamentaria del Gobierno pues ello no se deducía de los

preceptos entonces impugnados; el TC aprecia identidad de fundamentos ahora pues, como muestra la propia disposición final cuarta apartado 1 LORCA y señalan tanto el Abogado del Estado como el Letrado del Senado, las alusiones de los preceptos impugnados a tales normas de desarrollo no permiten inferir que esas normas hayan de ser estatales de suerte que el recurso puede ser calificado de preventivo, sin que, por lo demás y conforme a reiterada doctrina (por todas, STC 176/1999, FJ 4) tampoco el Estado, en el ejercicio de sus competencias, venga obligado a reservar, mediante una cláusula de salvaguardia, las competencias que puedan tener las Comunidades Autónomas en la respectiva materia. Procederá el TC al examen del art. 8.2 en la redacción dada por el art. 3.2 LORCA, la actual redacción del precepto consiste en una rebaja del límite de la representación de las Administraciones públicas y entidades y corporaciones de Derecho público en los órganos de gobierno del 50 por 100 inicialmente previsto al 40 por 100, redacción que no afecta a la pervivencia de la controversia; considera el TC que lo denunciado en este proceso es la invasión de las competencias autonómicas en tanto que los párrafos transcritos establecen unos límites, en forma de porcentajes de representación tanto de las instituciones de naturaleza pública como de otros grupos en los órganos rectores de las cajas, que se reputan innecesarios para el cumplimiento de los fines democratizadores y participativos que han de corresponder a la normativa básica; respecto a las previsiones del art. 2.3 LORCA, en punto a la forma de determinar la participación de los distintos grupos en los órganos de gobierno de las cajas de ahorros, el fundamento jurídico 3 de la STC 239/1992, remitiéndose a las ya citadas SSTC 48/1988 y 49/1988, se pronunciaba en los términos siguientes: *las referidas Sentencias consideran que constituye una norma básica la determinación de los grupos, categorías o sectores que han de estar representados en la asamblea general de las cajas y que son también normas básicas las que garanticen un “equilibrio razonable entre ellos”, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan prever la participación de otros grupos que representen “intereses sociales y colectivos del ámbito de actuación de las cajas de ahorros”. Y también declaran que la Ley del Estado, para asegurar la referida finalidad democratizadora, “puede prevenir por medio de esas normas [básicas] que un grupo alcance un dominio decisivo en la asamblea en perjuicio de los otros, o le cabe exigir que las representaciones correspondientes sean significativas, siempre que deje un margen también significativo para las diversas opciones autonómicas. El legislador podría, para alcanzar esos objetivos, fijar mínimos o máximos o acudir a otras medidas que estime apropiadas*; apreciará el TC que en el mismo FJ citado se cons-

tata que el legislador estatal no había adoptado norma básica alguna garantizando por medio de máximos y mínimos porcentuales el equilibrio razonable entre los grupos representativos de intereses que participan en los órganos rectores de las cajas, constatación que ya reiteró en la STC 60/1993, (FJ 4), al afirmar que *el legislador estatal no ha creído oportuno adoptar ninguna norma básica tendente a garantizar un equilibrio razonable entre los grupos representativos de intereses que participan en los órganos rectores de las cajas*. Con estos antecedentes jurisprudenciales, considera el TC que en lo relativo, en primer término, a la cuestión de la fijación de un porcentaje máximo de representación de las Administraciones públicas y entidades y corporaciones de Derecho público en los órganos de gobierno de las cajas es posible apreciar que el legislador básico estatal, en uso de la libertad de configuración a la que aludíamos en anteriores pronunciamientos, no ha acudido aquí a una rígida regulación que vacíe absolutamente de contenido las competencias autonómicas, extremo éste que le resultaría vedado a tenor de lo establecido en la STC 49/1988, FJ 18); apreciará el TC que se ha optado por establecer un límite porcentual que se aplica a todos aquellos entes con derecho a representación en los órganos de gobierno de las cajas de ahorros que reúnan una determinada condición cual es la de ser Administraciones públicas o corporaciones o entidades de Derecho público; evidenciándose el designio del legislador básico estatal de poner límites a la intervención pública en el gobierno de estas entidades, evitando que los organismos públicos tengan una presencia mayoritaria en los órganos de gobierno, decisión que guarda directa relación con el principio básico estatal relativo a la exigible profesionalización de la caja en tanto que medida para garantizar la autonomía de gestión de las cajas de ahorros; considerará el TC que no existe inconveniente para que, a fin de garantizar la debida independencia que deben tener sus órganos de gobierno, el legislador pueda establecer criterios determinantes de la participación pública en la organización de las cajas, más aún cuando, como en el caso de las cajas, son tanto entidades cuya finalidad es de interés público (SSTC 18/1984, FJ 4; 49/1988, FJ 4 y 160/1990, FJ 4) como sujetos que ejercitan en el mercado una actividad económica similar a la desarrollada por otros entes de los que integran el sistema financiero (STC 48/1988, FJ 2; 49/1988, FJ 12 y 231/1999, FJ 5); considera el TC que el debatido precepto no recorta indebidamente la competencia autonómica en la medida en que existe un margen para que el legislador autonómico introduzca sus propias opciones de concreción de los diversos porcentajes de representación, respetando

siempre el techo máximo de presencia pública. Por todo ello debe concluirse que la limitación examinada no vulnera las competencias autonómicas. Lo mismo sucede con la asignación de máximos y mínimos de representación en los órganos rectores de las cajas de ahorros a los grupos de impositores y de empleados pues, además de responder a una de las opciones posibles para configurar la base estatal, los porcentajes de representación para cada uno de los grupos no se han establecido de manera rígida; por todo lo expuesto, la impugnación del art. 2.3 LORCA en la redacción que al mismo da el art. 8.2 de la Ley 44/2002 ha de ser desestimada. Afrontará ahora el TC la nueva redacción de los arts. 9.1 y 17.1 LORCA; estima el TC que tampoco en este caso la modificación que de ambos preceptos lleva a cabo el art. 3 del Real Decreto-ley 11/2010 afecta a la controversia trabada en torno al mandato legal relativo a la duración del ejercicio de los cargos de consejero general o vocal del consejo de administración, cuestionándose también que la posibilidad de reelección se limite a un segundo período igual así como la prohibición de que el mandato pueda superar los doce años de duración; considera el TC la similitud de esta modificación normativa con la redacción inicial de la ley de de órganos rectores de las cajas de ahorro, que ya se enjuició en la ya citada STC 49/1988 (FJ 22) en la que vino a confirmar el criterio seguido en la STC 48/1988, FJ 21, donde se señalaba: *El art. 9 es impugnado tanto por la Junta como por la Generalidad, especialmente en lo que se refiere a la renovación de los consejeros. Hay que distinguir en este artículo la norma que fija en cuatro años la duración del cargo, las posibilidades de reelección y la regulación de la renovación de la Asamblea. Respecto al primer punto, es plenamente congruente con el propósito democratizador de la ley que se fije un plazo prudencial de duración en el cargo, y su fijación en cuatro años debe considerarse básica. En cuanto a la segunda cuestión, el citado propósito democratizador exige, sin duda, que quien ostenta el cargo de consejero se someta periódicamente, en este caso cada cuatro años, a la elección correspondiente, pero no requiere necesariamente que se limite a una sus posibilidades de reelección, por lo que la limitación contenida en el núm. 1 del art. 9 debe ser considerada no básica;* la aplicación de esta doctrina al supuesto ahora planteado conduce a la misma conclusión que la entonces alcanzada; por lo que considera el TC que resultan conformes con el orden constitucional de competencias las previsiones relativas a la fijación de un período de nombramiento de los consejeros generales que no pueda ser inferior a cuatro años ni superior a seis puesto que las mismas se relacionan directamente con el propósito democratizador que inspira la LORCA, teniendo, por tanto, naturaleza básica; no la tendrán, sin

embargo las restantes determinaciones impugnadas del art. 9.1 LORCA relativas a la limitación de las posibilidades de reelección y a la eventual duración del mandato; en consecuencia, considerará el TC que son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias los incisos *por otro período igual y el cómputo del período de reelección será aplicado aun cuando entre el cese y el nuevo nombramiento hayan transcurrido varios años* del primer párrafo así como la totalidad del párrafo segundo del art. 9.1 LORCA en la redacción que al mismo ha dado el art. 8.5 de la Ley 44/2002. En la medida en que se trata de una regulación análoga, idénticas conclusiones han de predicarse del art. 17.1 LORCA, en la redacción dada por el art. 8.10 de la Ley 44/2002, y, conforme también a la doctrina de la STC 49/1988, FJ 25, ha de reputarse básica la regulación referida al período de nombramiento de los vocales del consejo de administración pero no aquella que regulan las condiciones en las que puede producirse su reelección y limita temporalmente el mandato; considera por ello el TC que resultan ser contrarios al orden constitucional de distribución de competencias los párrafos segundo; tercero, en cuanto hace referencia a que la duración del mandato no puede superar los doce años, y cuarto del art. 17.1 LORCA en la redacción dada a los mismos por el art. 8.10 de la Ley 44/2002; esta inconstitucionalidad ahora apreciada ha de extenderse también al segundo párrafo de la disposición transitoria décima de la Ley 44/2002, por cuanto se refiere a los consejeros generales y los miembros del consejo de administración que ostentaban el cargo en el momento de entrada en vigor de la norma permitiendo su reelección por un solo mandato. Los apartados 6 y 11 del art. 8 se impugnan en tanto que, al modificar los arts. 10 y 18 LORCA, establecen con carácter básico el carácter irrevocable del nombramiento de los consejeros generales y vocales del consejo de administración, respectivamente. Carácter básico que, a juicio del recurrente, impediría a la Comunidad Autónoma correspondiente el establecimiento de causas de cese anticipado del mandato distintas de las previstas en la Ley de órganos rectores de las cajas de ahorro; considera el TC la necesidad de tener presente que el carácter irrevocable del mandato puede sin dificultad ser considerado básico en cuanto que el mismo guarda directa relación con la finalidad de asegurar la profesionalización e independencia del gobierno y la gestión de la entidad; apreciará, sin embargo, que será cuestión distinta que las causas de cese que el precepto estatal menciona hayan de ser las únicas posibles; en relación con el art. 10 LORCA, recordará el TC su doctrina *el tantas veces citado precepto de la*

*Ley de órganos rectores de las cajas de ahorro no supone que las causas de cese que señala sean exhaustivas, como implícitamente reconoce el mismo Abogado del Estado, y que el enjuiciamiento constitucional de las causas que pueden añadir las legislaciones autonómicas habrá de hacerse caso por caso, en el supuesto de que hayan sido impugnadas* (STC 49/1988, FJ 23); asimismo se recordará por el TC que en cuanto a las normas autonómicas que regulaban tales causas ya se dijo *cabe pensar que la impugnación se basa, más bien, en el hecho de que el supuesto en cuestión no aparezca incluido en el art. 10 de la LORCA, pero tampoco desde esta perspectiva puede afirmarse la inconstitucionalidad de los mencionados preceptos autonómicos, pues, aun cuando se considerara básica la norma estatal, ello no supondría que las Comunidades Autónomas no pudieran introducir otros supuestos siempre que éstos resultaran justificados teniendo en cuenta el interés de las cajas y no afectasen a los principios de representatividad e independencia de los órganos y de sus miembros. De aquí que el juicio de inconstitucionalidad habría de referirse a cada caso concreto* (STC 49/1988, FJ 20); para concluir apreciando que los preceptos estatales se ajustan al anterior criterio en la medida en que no impiden que la normativa autonómica pudiera, eventualmente, concretar la concurrencia de tales causas de cese anticipado, sin perjuicio, no obstante, de advertir que, en la medida que las causas de cese de consejeros generales y vocales son, en el fondo, excepciones a la regla general básica de irrevocabilidad del mandato, ni que decir tiene que dicha labor de concreción ha de ser llevada a cabo con suma cautela teniendo siempre presente la función que la irrevocabilidad del mandato cumple en relación con los principios básicos de la Ley de órganos rectores de las cajas de ahorro; en atención a estas consideraciones la impugnación ha de ser desestimada. El art. 15 LORCA, en la redacción dada por el apartado 9 del art. 8, se impugna por establecer que los vocales del consejo de administración deberán ser menores de setenta años en el momento de la toma de posesión, salvo que la legislación de desarrollo establezca un límite de edad distinto, se discute el carácter básico de esta norma. A tenor de lo ya señalado por el TC tampoco en este caso la controversia se ve afectada por lo dispuesto en el art. 3.11 del Real Decreto-ley 11/2010. La impugnación ha de ser desestimada; a pesar de que considere el TC que no resulta aquí de aplicación el criterio establecido en la STC 49/1988 (FJ 27), en el que, al examinar un supuesto similar, en relación con la designación y cese del director general, ya quedó establecido que el límite que suponía la determinación de la edad de jubilación de ese cargo no estaba justificado por razones de eficacia en la gestión, únicas en que podría

pensarse, ni tampoco había motivo alguno para que la legislación autonómica no pudiera fijar la edad que estime adecuada para tal fin; los supuestos no son equiparables; finalmente, nada ha de reprocharse a la regulación del primer y tercer párrafos de la disposición transitoria décima de la Ley 44/2002, impugnados por conexión a las dos disposiciones examinadas, por cuanto se deben considerar básicas aquellas normas que establecen los plazos de adaptación de las cajas de ahorros a la nueva situación derivada de la entrada en vigor de la Ley de órganos rectores de las cajas de ahorro, tanto en lo que se refiere a la irrevocabilidad del mandato como al momento a partir del cual han de cumplirse los requisitos que deben reunir los consejeros generales y los vocales del consejo de administración. A los arts. 19.2 y 31.5 LORCA, en la redacción que a los mismos han dado los impugnados 8.12 y 14 de la Ley 44/2002, respectivamente, se les imputa la falta de reconocimiento de la tutela financiera de la Comunidad Autónoma respecto a los acuerdos de colaboración entre cajas de ahorros. Considera el TC que la impugnación no puede ser acogida, aun siendo cierto que los preceptos impugnados se refieren a aspectos organizativos de la regulación de las entidades no lo es menos que la norma básica concreta la finalidad de estos eventuales acuerdos de colaboración de una forma que permite conectarlos con la actividad externa de las cajas y, por tanto, con las competencias estatales en relación con la ordenación del crédito ex art. 149.1.11 CE; en atención a estas consideraciones, considera el TC que aun cuando tales previsiones pudieran afectar a la organización de la caja ya se estableció con anterioridad que *no puede establecerse una separación radical entre la competencia para dictar normas básicas relativas a la organización y la competencia para dictar ese mismo tipo de normas respecto a la actividad externa de las cajas* (STC 49/1988, FJ 2) sin que, por otra parte, las previsiones impugnadas impongan ninguna fórmula orgánica o funcional predefinida, así como tampoco es posible deducir del silencio del precepto estatal desconocimiento alguno de las competencias autonómicas en la materia de manera que, concluirá el TC, no merece tacha de inconstitucionalidad en cuanto que no es sinónimo de una exclusión de la competencia autonómica. Pasa ahora el Tc a enjuiciar el art. 8.15, que da nueva redacción a la disposición adicional segunda LORCA, este texto ha sido modificado por la Ley 5/2005, de 22 de abril, que ha venido a hacer desaparecer su segundo párrafo y a modificar su primer párrafo, que con dicha modificación queda como párrafo único de la mencionada disposición adicional segunda LORCA, en el mismo ya no se hace referencia a los Estatutos vigen-

tes a 1 de noviembre de 2002, ni se exige respetar el principio de representatividad de todos los grupos. El texto actual de esta disposición podía entenderse que ya no establece un régimen específico para las cajas fundadas por la Iglesia Católica que sea distinto al de las demás cajas de ahorro; efectivamente, todas ellas se rigen por lo previsto en sus Estatutos y en la legislación básica estatal y de desarrollo de las Comunidades Autónomas; sin embargo, la redacción introducida por la Ley 5/2005 puede plantear la duda de si el sometimiento a la Ley de órganos rectores de las cajas de ahorro y a sus normas de desarrollo sólo lo es respecto de las demás materias, pero no respecto del *procedimiento de nombramiento y duración del mandato de los representantes de la entidad fundadora en los órganos de gobierno*, dado el empleo en esta redacción del término *en lo demás*; apreciará el TC que es cierto que el modo de nombramiento de sus representantes por las entidades fundadoras, cuando éstas no son entidades de Derecho público, queda siempre sometido a las reglas propias de adopción de voluntad de los acuerdos de esas entidades; en ese punto no habría problema alguno de trato desigual para la Iglesia Católica, en cambio, la duración del mandato es algo que, normativamente, queda bajo el dominio del legislador básico estatal y, en su caso, de los legisladores autonómicos, debiendo los Estatutos someterse a lo que estas normas prescriban; por ello el precepto en su actual redacción ha de entenderse que, en esta materia, como en cualquier otra del régimen organizativo de las cajas, los Estatutos de las cajas fundadas por la Iglesia Católica han de atenerse a lo establecido por la legislación básica estatal y las normas de desarrollo de las Comunidades Autónomas, sin que haya distinción aquí entre las cajas, cualquiera que sea su fundador; es criterio del TC que despejada esta duda e interpretado correctamente el precepto actual, es claro que la impugnación pierde su objetivo más inmediato, dado que tal precepto ya no contiene las tachas de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad (art. 14 en relación con los arts. 1.1 y 139.1 CE) que el recurrente aducía frente a la redacción del precepto originario; afirmación anterior que no significa que la controversia competencial haya desaparecido, en cuanto que lo discutido por el recurrente es la competencia estatal para establecer un régimen diferenciado respecto de las cajas de ahorros que hayan sido fundadas por la Iglesia Católica; es precisamente esta controversia, al margen de que la normativa actual haya dado respuesta, por ahora, al problema, la que debe ser resuelta por el TC. Éste rechazará la posibilidad de que se entienda justificado un singular régimen de las cajas de ahorro fun-

dadas por la Iglesia Católica por la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en el artículo V del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, pues ya señalamos en la citada STC 49/1988 (FJ 14) que la Ley de órganos rectores de las cajas de ahorro no derogaba, modificaba o suspendía cláusula alguna del mismo por lo que, en principio, su contenido tampoco en nada ha de afectar, conforme a reiterada doctrina, a las reglas internas de delimitación de competencias en relación con las cajas de ahorros; por otra parte es asimismo reiterada la doctrina del TC según la cual el Estado no puede ampararse, por principio, en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los convenios y tratados internacionales pues es notorio —y así se viene advirtiendo desde la STC 125/1984— que la dimensión exterior de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del art. 149.1.3 CE que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de una cierta incidencia exterior por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en la misma línea SSTC 153/1989, 54/1990, 76/1991 y 100/1991); traerá a colación el TC su STC 252/1988, FJ 2 *in fine* para establecer que las reglas internas de delimitación competencial son las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a las controversias planteadas en torno a las atribuciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de suerte que la ejecución de los tratados internacionales corresponderá a quien, conforme a dichas reglas, ostente la competencia material deviniendo entonces lo decisivo para su inclusión en la competencia autonómica la efectiva existencia de la atribución competencial estatutaria; siendo siendo la Comunidad Autónoma de Andalucía titular de competencias, sin más limitaciones que las derivadas de las propias bases estatales, en materia de cajas de ahorro y correspondiéndole igualmente la ejecución de los tratados internacionales en las materias de su competencia (art. 240.4 EAA), es claro que el alegato formulado carece de sustantividad para justificar la asunción estatal de las competencias controvertidas; por todo lo expuesto y aunque la modificación sufrida por el texto impugnado hace imposible la declaración de inconstitucionalidad del viejo texto, ya derogado, es preciso declarar que la Comunidad Autónoma de An-

dalucía es la competente en materia de organización interna de las cajas de ahorro fundadas por la Iglesia Católica que tengan su domicilio en Andalucía, competencia que es la misma que tiene respecto de las demás cajas de ahorros, y siempre sometida, claro está, a lo dispuesto en la legislación básica estatal sobre dicha materia. Así se dispondrá en el fallo. Desestimará el TC el recurso en lo relativo al art. 8.17, en cuanto que da nueva redacción a la disposición final cuarta, apartado 3 LORCA, pues, como el propio recurrente pone de manifiesto, esta impugnación no es autónoma sino que se vincula a la de los preceptos ya examinados; la queja planteada se basa en la consideración de que la citada disposición final cuarta, apartado 3, LORCA, en la redacción ahora impugnada, no incluye a los preceptos objeto del presente proceso entre aquellos que califica como no básicos, de suerte que, por exclusión, les estaría atribuyendo dicho carácter básico; planteado en tales términos resulta que el reproche que se formula a este precepto ha sido ya respondido con ocasión del enjuiciamiento de cada uno de los que han sido impugnados en este recurso; igualmente debe rechazarse la impugnación de la disposición final primera de la Ley 44/2002 pues, establecido que el Estado ostenta competencias en relación con las cajas de ahorros, conforme al art. 149.1.11 y 13 CE, ningún reproche puede dirigirse a la referida disposición por el hecho de que afirme el carácter básico de la totalidad de la Ley 44/2002, al amparo de ambos títulos competenciales estatales, sin perjuicio de la concreta valoración que, desde la perspectiva de su proclamado carácter básico, hayan merecido los preceptos de la Ley 44/2002 impugnados en el presente proceso constitucional. En su Fallo el TC decide: A) Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía contra la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, y, en consecuencia, declarar que: 1. Las competencias sobre la organización interna de las cajas de ahorros fundadas por la Iglesia Católica con domicilio en Andalucía que tengan su sede en Andalucía pertenecen, al igual que respecto de las demás cajas de ahorros, a dicha Comunidad Autónoma, siempre con sumisión a lo dispuesto en la legislación básica estatal sobre la materia. 2. Vulneran las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía siendo, pues, inconstitucionales y nulos: a) Los incisos “por otro período igual” y “el cómputo del período de reelección será aplicado aun cuando entre el cese y el nuevo nombramiento hayan transcurrido varios años” del primer párrafo así como el párrafo segundo del art. 9.1 de la Ley 31/1985, de 2 de agos-

to, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros, en la redacción que a dicho precepto ha dado el art. 8.5 de la Ley 44/2002. b) Los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 17.1 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros, en la redacción dada a los mismos por el art. 8.10 de la Ley 44/2002. c) El segundo párrafo de la disposición transitoria décima. B) Desestimar el recurso en todo lo demás.

Véase el ATC 123/2011, de 18 de septiembre de 2011 (BOE de 26 de octubre) por el que se aclara la STC 118/2011, de 5 de julio, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad núm. 488-2003 en los siguientes términos:

a) Añadir una última frase al párrafo octavo del fundamento jurídico 2 en los términos siguientes: “No será necesario, debido tanto a su estrecha vinculación con la disposición adicional segunda LORCA en la redacción del art. 8.15 de la Ley 44/2002 como a su vigencia temporal limitada, el examen autónomo de la impugnación de la disposición transitoria undécima, que habrá de entenderse resuelta en los términos de aquella”. b) El apartado A.2.c) del fallo queda redactado del siguiente modo: c) El segundo párrafo de la disposición transitoria décima.

## **2. Sentencia 120/2011, de 6 de julio (BOE de 2 de agosto). Ponente: Delgado barrio (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 34, 103.1,  
*otros:*

*Objeto:* Artículo 9.3, el inciso final del apartado primero y el apartado segundo de la disposición adicional primera de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid.

*Materias:* Fundaciones: criterios competenciales para su regulación. Su diferente fundamento creacional.

Se recurren los preceptos citados *supra* por entender que estos preceptos incurren en extralimitación competencial al incluir en el ámbito de aplicación de la ley autonómica a las fundaciones constituidas por la Administración General del Estado (art. 9.3), así como por habilitar a la Comunidad de Madrid para requerir de los órganos estatales documentación e información a los efectos de determinar el

ámbito territorial de actividad de las fundaciones domiciliadas en la Comunidad de Madrid (inciso final del apartado primero de la disposición adicional primera) y establecer la presunción de que las fundaciones constituidas por las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de esta, quedando así sometidas a la ley autonómica (apartado 2º segundo DA 1ª). En este último caso se alega, además de la extralimitación del título competencial autonómico en materia de fundaciones, la inconstitucionalidad material del precepto por vulneración del art. 34 CE; se contrargumenta que las normas impugnadas se han dictado en el ejercicio de la competencia exclusiva que dicha Comunidad Autónoma ostenta en materia de *fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid*, en virtud del art. 26.1.26 del EAM (art. 26.24 EAM antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio). Recordará el TC, con carácter preliminar que de acuerdo con su STC la STC 66/2011, FJ 4), la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en procesos constitucionales en los que se controla la eventual existencia de excesos competenciales ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por el TC sobre la regularidad constitucional de los preceptos recurridos; resulta por ello evidente que ha de servir de marco de enjuiciamiento en este proceso el *ius superveniens* representado por la legislación del Estado vigente en este momento; recordará a estos efectos el TC que la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, ha modificado el EAM alterando, según se ha indicado, la numeración de la disposición estatutaria a través de la cual se atribuyen a la Comunidad Autónoma competencias sobre fundaciones -y que actualmente es el art. 26.1.26 EAM-, y por otra, que el legislador estatal ha aprobado la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que vino a sustituir, derogándola, la regulación de las fundaciones contenida en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Comenzará su análisis el TC examinando el art. 9.3 Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, que regula la cuestión relativa a la normativa a la que quedan sometidas las fundaciones constituidas por personas jurídico-públicas, la parte recurrente entiende que ese precepto supone una clara extralimitación competencial en cuanto que incluye dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la citada ley autonómica a las fundaciones constituidas por la Administración General del Estado; las fundacio-

nes creadas por las Administraciones públicas son meros instrumentos de éstas para el ejercicio de sus competencias, de tal modo que el objeto del ente fundacional dependerá del ámbito territorial sobre el que se proyecte la actuación de la Administración creadora; se señalan a favor de la declaración de extralimitación competencial de la CAM la vocación extraterritorial de las fundaciones creadas por el Estado, aduciéndose, al tiempo, que el tipo de ente instrumental utilizado para la acción administrativa no puede alterar los criterios de reparto competencial ni los mecanismos de relaciones y controles interadministrativos fijados en el bloque de la constitucionalidad; alteración que se produciría si la institución de fundaciones por la Administración General del Estado quedara condicionada a la inscripción en el registro de la Comunidad de Madrid y su actividad supeeditada a la intervención del protectorado autonómico, ignorándose, al tiempo, la potestad de autoorganización de la Administración del Estado; se subrayará *a contrario* que la distribución de competencias en materia de fundaciones se asienta sobre un criterio exclusivamente territorial, referido al ámbito espacial donde este tipo de entes desarrollen principalmente sus funciones, criterio que debe ser preservado frente a otros que resulten ajenos al bloque de la constitucionalidad. De acuerdo con este criterio territorial, plasmado en el art. 26.1.26 EAM y al que responde el precepto impugnado, la Ley 1/1998, de fundaciones de la Comunidad de Madrid ha de aplicarse a cuantas fundaciones desarrollen sus actividades principalmente en el territorio de esta Comunidad Autónoma, con independencia de la naturaleza jurídica del fundador, pues se trata de auténticos entes privados y no públicos; si la Administración del Estado ha decidido actuar en régimen de Derecho privado, debe exigírsele que sea coherente con esa decisión y, en particular, que no trate con ella de alterar el orden constitucional de distribución de competencias en materia de fundaciones. Considera el TC que el núcleo de la disputa competencial planteada con motivo del precepto impugnado se refiere a si el criterio territorial delimitador de las competencias en materia de fundaciones que establece el art. 26.1.26 EAM y reproduce la disposición recurrida resulta o no aplicable a las fundaciones creadas por los entes públicos en virtud del art. 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones; con la finalidad de delimitar con mayor precisión el objeto de este proceso constitucional realizará el TC aún dos consideraciones adicionales: (a) la controversia competencial debe entenderse referida, más particularmente, al régimen competencial aplicable a las fundaciones instituidas por la Adminis-

tración General del Estado; (b) el ejercicio por parte de la Administración del Estado de la habilitación contenida en el art. 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, es objeto de una regulación específica en el capítulo XI de esa misma norma, que resulta aplicable a las que su art. 44 denomina *fundaciones del sector público estatal* y define como aquellas en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) *Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal*; o b) *Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades*. Partiendo del concepto de fundación comúnmente admitido el legislador ha fijado para estas fundaciones del sector público estatal diversas reglas específicas en relación con su creación (art. 45), régimen presupuestario (art. 46.3), de contratación (art. 46.4) y de personal (art. 46.5). Destacará el TC tres de esas reglas: en primer lugar, las fundaciones del sector público estatal “[n]o podrán ejercer potestades públicas y “[ú]nicamente 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 (art. 46.1); en segundo lugar, el Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado (art. 46.2); y, finalmente, en los aspectos no regulados específicamente en este capítulo, las fundaciones del sector público estatal se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en la presente Ley” (art. 46.7); coherentemente será en la LGP donde se contiene la regulación del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención y de control financiero de las fundaciones del denominado *sector público fundacional*, que, de acuerdo con sus arts. 2.1 f) y 3.3, está integrado por aquellas que son fundaciones del sector público estatal de conformidad con el art. 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones; finalmente, señalará el TC, conviene también tener presente que la DA 16ª Ley 38/2003, general de subvenciones, somete a determinados principios y límites *las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público*, que quedan definidas en el apartado segundo de la citada disposición adicional en términos semejantes a los empleados en el art. 44 de la Ley 50/2002, de fundaciones, para las *fundaciones del sector público estatal*. Considera el TC que de la interpretación a contrario del art. 44 de la Ley 50/2002, de fundaciones, se deriva que las fundaciones en las que la

aportación o la participación de la Administración General del Estado no sea mayoritaria quedan fuera del ámbito propio de las fundaciones del sector público estatal y, por tanto, sometidas enteramente al régimen común de las fundaciones; asimismo, las disposiciones adicionales primera, tercera y cuarta de la citada Ley 50/2002, de 26 de diciembre, excluyen de su ámbito de aplicación, respectivamente, a las fundaciones del Patrimonio Nacional, a las denominadas fundaciones públicas sanitarias, constituidas al amparo de lo previsto en el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, así como a las constituidas de acuerdo con la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, las cuales se regirán por su normativa específica; en definitiva, concluirá el TC, el objeto de la controversia competencial que, a propósito del art. 9.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, se ventila en este proceso se circunscribe a determinar si resulta o no constitucional extender el criterio territorial delimitador de las competencias en materia de fundaciones a las que el art. 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, configura como fundaciones del sector público estatal. A fin de responder a esta cuestión comenzará el TC afirmando que la creación de fundaciones por las personas jurídico-públicas no constituye el ejercicio del derecho de fundación proclamado en el art. 34.1 CE; por lo que se refiere a su alcance el TC trae a colación su doctrina concretada en la STC 49/1988, de 22 de marzo, donde se estableció que el precepto *se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman. ... Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente estable-*

*cidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados”* (STC 49/1988, FJ 5) a ello se añade ahora por el TC que de la proclamación constitucional de este derecho fundamental no se deriva, en consecuencia, el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas; se detendrá el TC en sostener que las Administraciones públicas gozan de plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines y que en el desarrollo de su actuación están constitucionalmente llamadas a servir con eficacia los intereses generales (art. 103.1 CE). Este mandato constitucional no sólo tiene como destinataria a la Administración pública en el desarrollo de su actuación, sino también -e incluso primeramente- al legislador en su labor de configuración normativa del Derecho que la regula, y es en relación con su satisfacción como debe valorarse *la creación por la Administración de entes institucionales bajo formas privadas de personificación..., tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica* (STC 14/1986, FJ 8); considerará el TC que el reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones no deriva, por tanto, del art. 34.1 CE sino de una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el art. 103.1 CE en el sentido de configurar el Derecho propio de la Administración pública de tal manera que a ésta le resulte posible actuar con eficacia. Del mismo modo, la decisión de un ente público de constituir una fundación para el cumplimiento de los fines que le son propios no supone el ejercicio del derecho de fundación reconocido a los particulares en el art. 34.1 CE sino el de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales. No nos encontramos en estos casos ante particulares que voluntariamente atienden fines de interés general, sino ante personificaciones instrumentales con forma fundacional constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tiene normativamente encomendados; traerá en su apoyo doctrinal lo que ya se estableció en el ATC 206/1999 respecto de la condición funcionarial o laboral del puesto de director general de la Fundación del Teatro Lírico, la entidad, *si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional* (FJ 2); afirmará el TC que la decisión del legislador de reconocer a las personas jurídico-públicas la capacidad para constituir fundaciones (art. 8.4 de la Ley 50/2002) tiene como consecuencia la posibilidad de que las Ad-

ministraciones públicas empleen instrumentalmente la legislación reguladora de esta concreta forma de personificación jurídica que, según hemos indicado, ha de concretarse de conformidad con el *concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional [el art. 34.1 CE], coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas*” y que integra una *imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE*” (STC 341/2005, FJ 7). Traera en su apoyo el Tc una serie de notas de derecho positivo en consolidación de su argumentario: si la Administración General del Estado hace uso de su capacidad para crear fundaciones éstas *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* [art. 46.1 b) de la Ley 50/2002]; la circunstancia de que quien actúa a través de estas fundaciones no sea un particular sino un ente público no sólo determina en algunos extremos el régimen jurídico aplicable a las relaciones que entablan con terceros [art. 46.4, 5 y 6 de la Ley 50/2002], sino que también afecta necesariamente a las potestades de intervención administrativa sobre las fundaciones que, tal y como ya hemos señalado, se fundamentan precisamente en la necesidad de asegurar que estas últimas cumplan con los fines de interés general que justificaron su creación en ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 34.1 CE; en efecto, del rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa; como ya se dijo en la STC 164/1990 *las competencias de los poderes públicos en la materia encuentran su razón de ser evidente ‘en la necesidad de proveer a la Administración de los instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que según el Código civil (art. 35.1) les son propios’ (FJ 3); función que, aún en el mismo orden de consideraciones, habría que completar con la más genérica de evitar la existencia de fundaciones ilegales por sus fines o por los medios que utilicen (art. 34.2 CE, en relación con el art. 22.2 CE)*” (STC 341/2005, FJ 4); sin embargo, reconoce el TC, la situación difiere aquí radicalmente a la vista de la *instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado, [y que] remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexian dich[os] entes con la Administración de la que dependen*” (STC 14/1986, FJ 8). Subrayará el TC cómo en el caso de las fundaciones del sector público, el servicio al interés general y la garantía de legalidad también resultan constitucionalmente obligados y, por tanto, capaces de habilitar potestades de control administrativo sobre su actuación, pero ello no tiene lugar en

el marco de lo dispuesto en el art. 34.1 CE *-para fines de interés general, con arreglo a la ley-*, sino en el que se deriva del art. 103.1 CE, que llama a la Administración a servir *con objetividad los intereses generales*, así como a actuar *de acuerdo con los principios de eficacia [y] jerarquía, ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*; al igual que los instrumentos generales del Derecho de la organización, el ejercicio de las funciones de registro y protectorado sobre las fundaciones del sector público sirve fundamentalmente a la garantía de la integridad de esos principios constitucionales; en tercer lugar, el carácter instrumental de las fundaciones del sector público determina también que el ejercicio de las competencias de control administrativo sobre su actuación tenga materialmente por objeto la actuación de la Administración territorial que se sirve de esa personificación, lo cual revela que su ejercicio no es aquí actividad administrativa de ordenación y limitación del desarrollo de actuaciones o del ejercicio de derechos por los particulares, sino que se enmarca en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los entes públicos *-con independencia de cuál sea su régimen de personificación y de funcionamiento-* a través de los cuales actúa el Estado, de modo que su regulación y ejercicio habrán de tener en consideración los presupuestos de constitucionalidad que de ello se derivan, entre los cuales se encuentran aquellos que contribuyen a la configuración constitucional del Estado autonómico que es el sentido de lo dispuesto en el art. 46.2 de la Ley 50/2002, al disponer que el protectorado de las fundaciones del sector público estatal *se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado*. Sobre estas premisas se referirá el Tc al canon que resulta aplicable al control de la constitucionalidad del precepto impugnado. Por un lado, la Comunidad de Madrid es titular de la competencia respecto de las *fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid* (art. 26.1.26 EAM), de tal manera que, según se sostuvo en la STC 341/2005, FJ 4, será *el legislador autonómico el habilitado para ejercer la amplia libertad de configuración que el texto constitucional le confiere cuando se trate de fundaciones que realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, mientras que lo será el estatal en los supuestos no cubiertos por las aludidas previsiones estatutarias, sin perjuicio de que la regulación autonómica habrá de respetar las competencias del Estado en las materias de legislación civil y procesal (art. 149.1.8 y 6 CE, respectivamente) y para establecer “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos ... constitucionales”;* competencia que habilita al Estado para dictar normas que permitan disfrutar en condiciones de igualdad del derecho de fundación (art.

149.1.1 CE); partirá la decisión del Tc de la idea de que en modo alguno puede hacer la Comunidad de Madrid en el ejercicio de su competencia es extender el ámbito de aplicación de la Ley 1/1998 de fundaciones de la Comunidad de Madrid, a las fundaciones del sector público estatal; ello no tanto porque al hacerlo se esté interfiriendo en el ámbito propio del ejercicio de la potestad de autoorganización de la Administración General del Estado, sino porque, en tal caso, la decisión de actuar a través de la interposición de una fundación tendría como consecuencia el sometimiento de la actuación de la Administración General del Estado, realizada en ejercicio de sus propias competencias, a un conjunto de controles administrativos de legalidad que, de no haberse empleado la veste fundacional, no resultarían de aplicación. Reiterará el TC el contenido del art. 46.2 de la Ley 50/2002 que establece que el protectorado de las fundaciones del sector público estatal *se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado*; insistiendo en que no resulta constitucionalmente aceptable que la actuación de la Administración del Estado quede sometida a un sistema de control administrativo de legalidad por parte de una Comunidad Autónoma a raíz de una decisión adoptada exclusivamente por ésta última; la opción por la forma jurídica de fundación realizada por el Estado jamás puede constituir un título competencial para la CA; no otra cosa se pretende por la Ley objeto de este juicio, como abundantemente se desprende de numerosos preceptos de ésta. En conclusión, el art. 9.3 de la Ley 1/1998, de fundaciones de la Comunidad de Madrid debe reputarse inconstitucional por ser contrario al orden de distribución de competencias, pues introduce un mecanismo de control autonómico de la acción de la Administración estatal no previsto en el bloque de la constitucionalidad. Analizará ahora el TC la DA 1ª, impugnada sólo en relación con su inciso final (*al objeto de determinar su ámbito territorial de actividad*), por considerar que la utilización del verbo *determinar* pone de manifiesto que la Comunidad de Madrid, ignorando tanto la facultad del fundador como las competencias de otras Administraciones públicas, se atribuye la potestad exclusiva de decidir unilateralmente el ámbito territorial de actividad de las fundaciones domiciliadas en la propia Comunidad de Madrid. Considera el TC que la impugnación del apartado 1º DA 1ª debe ser desestimada puesto que con su último inciso, correctamente interpretado, la CA no pretende arrogarse una función que no le pertenece, sino aludir a la actividad consistente en *distinguir* o *discernir* el ámbito territorial de actuación de las fundaciones domicilia-

das en el territorio de la Comunidad de Madrid e inscritas en el registro estatal, a cuyo objeto podrá requerir la documentación e información correspondiente; será criterio del TC que el inciso controvertido ni condiciona *ex ante* ni ignora *ex post* la libre voluntad del fundador para decidir el ámbito territorial sobre el que haya de proyectarse la actividad de la fundación, sino que establece un mecanismo de colaboración entre ambas Administraciones públicas a fin de que la Comunidad de Madrid pueda verificar o conocer el ámbito territorial de actividad de las fundaciones domiciliadas en esa Comunidad Autónoma; por todo ello el TC descarta la existencia de extralimitación competencial alguna y, por tanto, desestima la impugnación del apartado 1º primero DA 1ª. Por lo que se refiere al apartado 2º segundo DA 1ª se sostiene que el precepto incurre en inconstitucionalidad tanto competencial como material; con respecto a la primera, apunta que el sometimiento de las fundaciones creadas por las Universidades públicas de Madrid a la ley ahora impugnada no se corresponde con la definición del título competencial, actualmente contenido en el art. 26.1.26 EAM, que se asienta sobre el criterio del territorio en el que efectivamente desarrollen su actividad las fundaciones; este criterio es sustituido por el establecimiento de una presunción o ficción en virtud de la cual todas las fundaciones creadas por Universidades públicas radicadas en dicha Comunidad Autónoma desarrollan su actividad principalmente en el territorio de ésta; en cuanto al reproche de inconstitucionalidad material, apunta que en el precepto recurrido se impide al fundador establecer libremente el ámbito territorial de actividad del nuevo ente, lo que contraviene el art. 34 CE; se responde por el representante de la CAM que la autonomía universitaria no excluye por completo la existencia de una cierta tutela administrativa, que, en el caso de las Universidades radicadas en la Comunidad de Madrid, le corresponderá ejercer a ésta pues, aunque no sean Administraciones territoriales, es lo cierto que tienen un ámbito territorial concreto que no puede rebasar los límites autonómicos. Examinado el precepto desde estas premisas, sostiene el Letrado autonómico que en él sólo figura una *disposición aclaratoria o, si se quiere, una cierta presunción* de que las fundaciones a las que resulta de aplicación desarrollan su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid; también rechaza que el precepto sea contrario al art. 34 CE ya que el derecho de fundación no incluye la facultad de determinar el ámbito donde ejercen su actividad principal las fundaciones constituidas por una Administración pública, en este caso las Universidades públicas. Considera el TC que la

materia competencial en la que ha de encuadrarse la disposición impugnada está en directa conexión con el dato de que la constitución de fundaciones por parte de las Universidades públicas no implica el ejercicio del derecho reconocido en el art. 34.1 CE, sino de la habilitación reconocida en el art. 8.4 de la Ley 50/2002, de fundaciones, que establece que *las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario*. Por lo que respecta a las Universidades públicas, sus normas reguladoras no sólo no han hecho uso de esa posibilidad, sino que incluso han reiterado expresamente lo dispuesto en el último precepto citado; en efecto, la Ley Orgánica 6/2001, de universidades, actualmente vigente, habilita a las universidades para *la creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y de la docencia* [art. 2.2 c)] y, de forma aún más precisa, reconoce la capacidad de las Universidades para crear fundaciones *[p]ara la promoción y desarrollo de sus fines, ... por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, ... de acuerdo con la legislación general aplicable*” (art. 84); considera e TC, de otra parte que, la disposición cuya constitucionalidad que ahora se analiza no debe encuadrarse en la materia competencial correspondiente a las Universidades, es decir, en la de *enseñanza en toda su extensión, niveles y grados* (art. 29.1 EAM), sino en la relativa a las fundaciones (art. 26.1.26 EAM), puesto que el objeto del precepto es el régimen jurídico de las fundaciones creadas por las universidades públicas radicadas en la Comunidad de Madrid y su contenido es la regla en virtud de la cual dichas fundaciones quedarán sometidas en todo caso a la Ley 1/1998. Por consiguiente, el reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma debe regirse por el criterio territorial establecido por el legislador estatutario (art. 26.1.26 EAM) en virtud del cual la competencia sobre esas fundaciones corresponderá a la Comunidad Autónoma si desarrollan principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid, mientras que la competencia habrá de corresponder al Estado en caso contrario. Es criterio del TC que el mero contraste del criterio de distribución competencial expuesto con el contenido del apartado segundo de la disposición adicional primera de la Ley 1/1998, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, es suficiente para concluir que la norma impugnada supone una extralimitación competencial del legislador autonómico, en cuanto que fija una presunción *iuris et de iure* conforme a la cual todas las fundaciones de las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid quedan sujetas a la competencia de esta Comunidad Autónoma por la única y exclusiva razón de la ubicación territorial de

la persona jurídico-pública creadora. De este modo el legislador autonómico no sólo desconoce que, de acuerdo con el art. 84 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, la universidad pública de que se trate puede no ser la única creadora de la fundación, sino que también prescinde de la posibilidad de que las universidades públicas de la Comunidad de Madrid, para el mejor servicio a los fines que tienen normativamente encomendados, constituyan o participen en fundaciones cuyas actividades no se realicen principalmente dentro del territorio autonómico; lo establecido en el apartado segundo de la disposición adicional primera de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, no respeta el criterio territorial de distribución de competencias en materia de fundaciones (art. 26.1.26 EAM), vulnerando con ello el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, razón por la cual el TC lo declara inconstitucional. En conclusión se estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 2564-1998 interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid y, en consecuencia procede: 1º Declarar que el art. 9.3 y el apartado segundo de la disposición adicional primera de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid son inconstitucionales y, por tanto, nulos. 2º Desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.

# Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

## Tribunal Supremo (\*)

### I. ACTO ADMINISTRATIVO

#### RÉGIMEN GENERAL DE SUSPENSIÓN

El artículo 111.3 de la Ley 30/1992 regula el régimen general de suspensión administrativo de los actos, por silencio.

«Con carácter general, el artículo 111.3 de la Ley 30/1992 según redacción por Ley 4/1999, de 13 de enero -antes de esa reforma el apartado 4 del mismo precepto legal contenía una norma similar-, regula la suspensión administrativa por silencio. Esto es, la ley impone la suspensión cautelar en vía administrativa cuando han transcurrido treinta días sin que el órgano administrativo haya decidido sobre la suspensión instada.

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

En concreto, dispone el citado artículo 111.3 que *«la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos, no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.4, segundo párrafo de esta Ley»*.

La aplicación de esta norma al caso examinado debe partir de la siguiente constatación fáctica. La presentación en correos del recurso de reposición que incluía la solicitud de suspensión de la ejecución del acto se produjo el día 18 de agosto de 2010, y tuvo entrada en el Ministerio de Medio Ambiente en fecha 20 de agosto siguiente. Y la solicitud de denegación de la medida cautelar en vía administrativa ahora recurrida tuvo lugar por Acuerdo de 24 de septiembre de 2010, que se notifica a la recurrente en fecha 8 de octubre de 2010. El cómputo del plazo de 30 días para la aplicación del silencio positivo respecto de la medida cautelar de suspensión en vía administrativa nos suscita en este recurso, atendidas las posiciones procesales de las partes recurrente y recurrida las tres cuestiones siguientes. La determinación del *«dies a quo»* (1), la fijación del *«dies ad quem»* (2), y el cómputo del plazo de treinta días (3).

Comenzando por la última cuestión, y mas sencilla, enunciada -el cómputo del plazo de treinta días-, debemos señalar que el mentado plazo, previsto en el artículo 111.3 de la Ley 30/1992, no puede ser contado de fecha a fecha, como si se tratara del plazo de un mes, sino por días, pues tal es la enunciación literal que expresa el citado precepto *«treinta días»*.

Y sabido es, por lo que no juzgamos necesario detenernos en este punto, que los plazos administrativos que se señalen por días, como el expresado en el artículo 111.3, se ha de entender referido a los días hábiles, excluyéndose, por tanto, los domingos y festivos, como dispone el artículo 48.1 de la Ley 30/1992, salvo que una ley o norma comunitaria dispongan lo contrario, que no es el caso.

La segunda cuestión se centra en determinar el *«dies a quo»* o día inicial del cómputo. Es decir, si el plazo se inicia cuando se presenta el escrito que contiene la solicitud cautelar en la oficina de correos (18 de agosto de 2010) o cuando tiene entrada en el Ministerio de Medio Ambiente (20 de agosto de 2010).

El artículo 111.3 de la Ley 30/1992, como ya hacía el apartado 4 del citado precepto en su redacción originaria, establece que el transcurso de treinta días tiene lugar *«desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma»*.

De modo que legalmente se ha establecido una prevención específica, en relación al régimen normal de presentación de documentos previsto en el artículo 38.4 de la misma Ley 30/1992 que permite su presentación tanto ante el órgano al que se dirijan (apartado a), como ante la oficina de correos (apartado c). Por tanto, el régimen previsto en el artículo 111.3 de la Ley 30/1992 supone una excepción al régimen general y determina que el día inicial del computo del plazo no es desde su presentación ante la oficina de correos, sino desde que tiene entrada en el registro del órgano competente para resolver, es decir, el 20 de agosto de 2010.

La cuestión relativa al «*dies ad quem*», o día final del computo, se suscita en los siguientes términos. Si ha de estarse a la fecha del acto administrativo cuya suspensión se solicitó en vía administrativa o a la fecha de su notificación, que en este caso son, respectivamente, los días 24 de septiembre de 2010 y 8 de octubre siguiente.

Ciertamente el artículo 111.3 de la Ley 30/1992 señala como día final del cómputo el transcurso del plazo de treinta días sin haber dictado resolución expresa al respecto. La utilización del verbo dictar no puede indicar, como se aduce en la contestación, que resulte irrelevante la fecha de la notificación cuando ésta tiene lugar, como en este caso, fuera del plazo legalmente establecido, es decir, rebasando los diez días que fija el artículo 58 de la Ley 30/1992 para la práctica de la misma. Recordemos que la denegación de la medida cautelar en vía administrativa ahora recurrida tuvo lugar por Acuerdo de 24 de septiembre de 2010, pero no se notifica a la recurrente en fecha 8 de octubre de 2010.

En definitiva, el plazo de treinta días no puede ser alargado indefinidamente al socaire de una demora en la práctica de la notificación. Esto es lo que diferencia este Caso del resuelto en Sentencia de 6 de mayo de 2005 (recurso de casación núm. 850/2003) en el que la notificación se produjo en plazo».

*(STS de 2 de diciembre de 2011. Sala 3ª, Sec. 5ª. F. D. 5º a 8º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella. Ar. 110/2012).*

## II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

### AUTONOMÍA LOCAL

La denegación por el Estado de autorización a un Ayuntamiento para que a través de sus técnicos pueda acceder a los trabajos de una obra pública de in-

terés general que se desarrolla en su término municipal, ante la existencia de informes que señalaban posibles riesgos relacionados con la ejecución de las obras, con independencia de la inadecuada fundamentación jurídica hecha por la Corporación, estimamos -con el criterio expresado en el voto particular que se acompaña a esta Sentencia- que lesiona la autonomía local.

«Por otro lado, el Ayuntamiento recurrido no puede tener la condición de “*ciudadano*” que le atribuye la Sala de instancia, al amparo del artículo 35 de la Ley 30/1992. Así es, el citado artículo 35, que inicia el Título IV sobre “*la actividad de las Administraciones Públicas*”, comienza relacionando los derechos de los ciudadanos, y cualquiera que sea la extensión que se confiera a la dicha locución, desde luego no puede extenderse a una entidad local como es el Ayuntamiento recurrente.

La forma de relacionarse la Administración con los ciudadanos es la prevista en el citado Título IV citado. Ahora bien, la relación entre las distintas Administraciones Públicas tiene otra ubicación sistemática en la Ley 30/1992, se regula en el Título I, concretamente en los artículos 4 y siguientes. Y específicamente las relaciones entre la Administración General del Estado con la Administración Local se abordan en el artículo 9, cuando indica que se regirán por la legislación básica en materia de régimen local, aunque se aplique supletoriamente lo dispuesto en el citado Título 1. Es decir, nos remite a los principios que igualmente establece el artículo 55 de la Ley de Bases de Régimen Local.

Recordemos que el Título I de la Ley 30/1992 lleva por rótulo “*de las Administraciones Públicas y sus relaciones*” y, concretamente, en el artículo 4 se refiere a los principios que han de regir en las relaciones entre las Administraciones Públicas, que además de actuar con lealtad institucional, han de respetar el legítimo ejercicio de competencias de cada Administración, ponderar todos los intereses públicos implicados en el ejercicio de las competencias propias, facilitarse información, prestarse cooperación y asistencia activa. Y, respecto de las relaciones entre la Administración General del Estado y las Entidades locales, como acabamos de señalar, la remisión al artículo 55 de la Ley de Bases nos conduce a un elenco similar de principios por los que han de regirse las relaciones interadministrativas.

A la luz del citado régimen de aplicación a las Administraciones. las dudas que sobre la seguridad de la ejecución de la obra albergaba el Ayuntamiento recurrido se hubieran podido disipar acudiendo a estos mecanismos de comportamiento y relación. Singularmente a la petición de información, ex artículo 4.c) de la Ley 30/1992, sobre to-

dos los extremos relativos a la ejecución y llenado del embalse. La Administración General del Estado debía, en ese caso, haber remitido los informes que avalaban la seguridad de la ejecución de la obra para satisfacer la legítima preocupación del Ayuntamiento recurrido. Y desde luego la negativa a remitir dicha documentación se hubiera podido impugnar ante esta jurisdicción.

Enlazando con lo anterior, si el Ayuntamiento no tiene la condición de ciudadano, como hemos visto, analizando ese aspecto subjetivo, el acceso a la ejecución de la obra no puede sustentarse, por tanto, sobre el derecho de acceso a los archivos y registros públicos previsto constitucional y legalmente en los artículos 105.b de la CE y 37 de la Ley 30/1992, respectivamente, porque, y volvemos a lo mismo, este derecho se reserva, pues tal es su ámbito subjetivo, precisamente a los ciudadanos.

Pero es que también el contenido objetivo de este derecho, considerado de tercera generación en una extensión de derechos en progresiva evolución, no guarda relación con lo que se permite en la sentencia. Así es, la visita de los técnicos asesores municipales a las obras de ejecución de la presa no puede ampararse en que se trata de una manifestación del derecho de acceso a los archivos y registros públicos por una sencilla razón: una obra pública no es ni un archivo ni un registro público.

La regulación de este derecho previsto en el artículo 105.b) de la CE, a tenor del apartado 1 del citado artículo 37, se concreta en “*acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obre en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren*”. Como se ve, aunque optáramos por una interpretación amplia de este derecho, tras constatar la versatilidad que puede revestir su interpretación, atendiendo a la materia eminentemente casuística en que se desenvuelve, no podría considerarse que una obra es, o puede llegar a ser, el soporte material de un archivo.

*(STS de 3 de junio de 2011. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 7º y 12. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 4971).*

## VOTO PARTICULAR

*Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas a la Sentencia de esta Sala y Sección Quinta de 3 de junio, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate.*

«Con todo respeto a la posición mayoritaria de la Sala, discrepo de la argumentación contenida en el fundamento jurídico duodécimo de la sentencia y de su parte dispositiva, pues entiendo que la sentencia de instancia, aunque contiene razones que no comparto, incorpora otros argumentos que no han sido desvirtuados en casación y que considero suficientes para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo. Veamos:

**PRIMERO.-** Comparto el parecer de la mayoría de la Sala, expresado en los fundamentos cuarto a undécimo de la sentencia, en cuanto señala que las Administraciones Públicas no pueden ser equiparadas a los “ciudadanos” a efectos de los derechos que se reconocen a éstos en los artículos 105.b de la Constitución y artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en particular en lo que se refiere a los derechos de información y de acceso a los archivos y registros públicos. Y asumo, en definitiva, que dichos preceptos no podían servir de sustento a la pretensión del Ayuntamiento del Valle de Longuida de que se autorizase a dicha Corporación para que técnicos por ella designados accediesen a los terrenos en los que se desarrollan las obras de ejecución del embalse.

**SEGUNDO.-** Mi discrepancia se centra en lo razonado en el fundamento duodécimo de la sentencia, donde se afirma que las referencias que hace la sentencia recurrida a la autonomía local (artículos 137 y 140 de la Constitución) y a las competencias municipales previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley de Bases de Régimen Local no constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia, y que, en todo caso, tratándose de una obra declarada de interés general, aquellas competencias municipales y el propio principio de autonomía local no constituyen base suficiente para que el Ayuntamiento pueda obtener la autorización que pretende.

Por lo pronto, no creo que las consideraciones que expone la sentencia de instancia para resaltar la relevancia de la autonomía local y el elenco de competencias municipales que guardan relación con el caso tengan el carácter secundario o subordinado que les atribuye la sentencia de la que discrepo. Es cierto que la Sala de instancia pone en relación esos apartados de su fundamentación con aquellos otros referidos a los derechos de información y de acceso a los registros; pero ello no significa que las referencias que la sentencia recurrida hace a la autonomía local y a las competencias de las corporaciones locales carezcan de sustantividad, ni que sean ajenas a la razón de decidir.

Bien al contrario, considero que las diversas competencias municipales que aparecen señaladas en la sentencia recurrida (seguridad en

los lugares públicos, protección civil, protección del medio ambiente y protección de salubridad pública), que habían sido expresamente invocadas por el Ayuntamiento del Valle de Longuida en la solicitud que dirigió a la Dirección General de Obras Hidráulicas del Ministerio de Medio Ambiente, constituyen base suficiente para que el mencionado Ayuntamiento pueda obtener la autorización que pretende. Y a ello no cabe oponer que se trata aquí de una obra declarada de interés general, pues la solicitud del Ayuntamiento no supone una interferencia en el ámbito competencial de otra Administración, ni pretendía con ella intervenir en la programación y ejecución de las obras; pedía, sencillamente, que se diese autorización para que técnicos designados por la Corporación accediesen durante unos días determinados a los terrenos en los que se desarrollan las obras de ejecución del embalse. Petición que se justificaba por la existencia de unos informes a los que había tenido acceso el Ayuntamiento, que señalaban posibles riesgos (deslizamientos, desestabilización de los terrenos...) relacionados con la ejecución de las obras.

Siendo ese el tenor del solicitado por el Ayuntamiento, entiendo que su petición encuentra respaldo en los diversos apartados competenciales del artículo 25 de la Ley de Bases de Régimen Local que expresamente invocaba en la solicitud y a los que también se refiere la sentencia de instancia.

Considero, en fin, que la denegación de la autorización vulnera el principio de autonomía local (artículos 137 y 140 de la Constitución). Es cierto que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la garantía institucional de la autonomía local *«no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar»* (STC 32/1981 de 28 de julio); y también que, con relación a la mencionada garantía institucional -en este caso referida a un ente provincial- el propio Tribunal Constitucional ha declarado que *«...no toda incidencia en la esfera competencial de la entidad local debe reputarse, lesiva de la mencionada garantía institucional, toda vez que ésta no se concibe como una garantía absoluta que impida toda suerte de afectación de la esfera de competencias legalmente asignadas, sino únicamente aquellas que menoscaben o vulneren el núcleo esencial e indisponible de la autonomía provincial, sin el cual ésta no presentaría los caracteres que la hacen reconocible como institución»* (STC 109/1998 de 21 de mayo).

Ahora bien, precisamente por que en el caso que nos ocupa la petición del Ayuntamiento tenía un alcance muy limitado, nada invasivo

de las competencias de otra Administración, considero que negar esa mínima intervención en una obra que se desarrolla dentro de término municipal es algo que vulnera aquella garantía institucional en cuanto supone una injustificada restricción del normal ejercicio de las competencias municipales. El hecho de que la obra haya sido declarada de interés general confiere, ciertamente, a la Administración del Estado la competencia en lo que se refiere al proyecto, programación y ejecución de dicha obra; pero ello no significa que quede sustraída del ámbito territorial en el que se ubica, ni por tanto, que queden enteramente anuladas las demás competencias que otras Administraciones tengan asignadas en dicho ámbito».

### III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### INTERÉS PÚBLICO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

El interés público no puede esgrimirse para dejar de cumplir una sentencia firme. Concorre un interés superior que afecta a la propia configuración del Estado de Derecho que exige que lo decidido por los jueces y tribunales se ejecute en sus propios términos.

«Cuando la sentencia de esta Sala Tercera, que se trata de ejecutar, acuerda, en su parte dispositiva, que la aprobación del proyecto de centro de tratamiento de residuos urbanos de Talavera es “*disconforme a Derecho*” y “*anulamos*”, porque, según declara en el fundamento sexto, se omitió un trámite esencial que es la elaboración de la evaluación de impacto ambiental previa, lo que quiere decirse es que dicho centro o planta de tratamiento de residuos ha quedado sin cobertura jurídica alguna para seguir funcionando.

Esta privación de cobertura jurídica comporta el cierre de la instalación, pues ésta es la consecuencia natural e inherente al pronunciamiento de la sentencia, que ha declarado la nulidad del proyecto por falta de “*previa*” evaluación ambiental, que contenga alternativas de emplazamiento. Téngase en cuenta que la evaluación ambiental no es un mero requisito formal, sino que cumple una trascendente función cual es introducir en el procedimiento administrativo la variable ambiental que ha de ser considerada a la hora de adoptar la decisión sobre dicho proyecto.

La solución contraria a la expuesta comportaría que el centro de tratamiento de residuos siguiera en funcionamiento a pesar de haber si-

do anulado el proyecto de aprobación y ejecución del mismo, lo que supondría, además de un incumplimiento flagrante de la sentencia dictada, que la instalación realizara su actividad al margen del Derecho, pues su instalación se encuentra huérfana de amparo jurídico. No podemos compartir, por tanto, la ponderación de intereses que hace la Sala de instancia en la resolución recurrida, en los términos que hemos transcrito en el fundamento séptimo.

Las sentencias están para cumplirse en sus propios términos ex artículo 118 de la CE a salvo las casos de imposibilidad legal o material, ex artículo 105 de la LJCA que no hacen al caso, pues constituye la propia esencia de la potestad jurisdiccional juzgando y *haciendo ejecutar lo juzgado* (artículo 117.3 de la CE). Sin que su acatamiento y cumplimiento pueda someterse a una suerte de ponderación de intereses sobre si dicha ejecución conviene o no al interés público.

No se dictan sentencias y luego se valora si el interés público demanda su cumplimiento y ejecución. El interés público superior es el cumplimiento del núcleo de la potestad jurisdiccional, constitucionalmente establecido, que demanda que la decisión judicial firme se cumpla, y que las infracciones normativas que se han declarado tengan las consecuencias previstas en la sentencia que se pretende ejecutar.

En este sentido, la presencia de interés público que se invoca en la resolución recurrida no puede subsanar la invalidez apreciada y declarada en un sentencia judicial firme. El interés público no puede esgrimirse para dejar de cumplir una sentencia firme. Concorre, en definitiva, un interés superior que afecta a la propia configuración del Estado de Derecho que exige que lo decidido por los jueces y tribunales se ejecute en sus propios términos».

*(STS de 3 de junio de 2011. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 8º y 9º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella. Ar. 4964).*

## VI. CONTRATOS

### SOLVENCIA ECONÓMICA, TÉCNICA Y FINANCIERA

Con ocasión de la adjudicación de un contrato a un licitador que no había acreditado debidamente su solvencia económica, financiera, técnica y profesional, se declara la nulidad de la adjudicación y se recuerda la aplicación supletoria por la Mesa de contratación del artículo 71 de la Ley 30/1992.

«Sostiene la parte que, tal y como resulta de la lectura del Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia recurrida, el Juzgador a quo considera como hecho probado “la ausencia en el sobre 1 de la sociedad posteriormente adjudicataria de cualquier documento referente a su clasificación”.

Sin embargo se considera en la sentencia recurrida que, ante la falta de un requerimiento de subsanación de dicha documentación por parte de la Mesa de Contratación a CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES LÓPEZ CRESPO, SL, y en aplicación de la doctrina de la Sala, recogida en sus sentencias de 30 de noviembre de 1992 y 4 y 6 de julio de 2004 la adjudicación habría incurrido en un vicio de anulabilidad, en los términos establecidos en el art. 63 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/ 2000 de 16 de junio).

Entiende el recurrente que el razonamiento efectuado por la sentencia resulta erróneo, pues “el vicio relevante no sería la omisión del requerimiento de subsanación por parte de la Mesa de Contratación, sino la falta de acreditación en tiempo y forma, por parte de la empresa que luego resultó adjudicataria, de su solvencia económica, financiera y técnica”.

Y es que, en efecto, la total ausencia de la documentación acreditativa de la clasificación de CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES LÓPEZ CRESPO, SL en el Sobre 1 de su oferta, no constituía, a su juicio, un defecto material subsanable en los términos establecidos en la STS de 27 de noviembre de 2008, por lo que no resultaba procedente el requerimiento de subsanación de la misma. Antes bien al contrario, continúa la recurrente, la Mesa de Contratación debió excluir directamente, y con anterioridad a la apertura de los sobres correspondientes a las ofertas económicas y técnicas, a dicho licitador. Al no haberlo hecho, el contrato fue adjudicado a un licitador que no acreditó debidamente su solvencia económica, técnica y financiera, resultando por tanto adjudicación nula de pleno derecho, por concurrencia de la causa de nulidad prevista en el apartado b) del art. 62 del TRLCAP, con los efectos establecidos en el art. 65.1 del mismo cuerpo legal, y no simplemente anulable por defecto de procedimiento, por lo que entiende esta parte que la Sentencia recurrida infringe dichos preceptos. Concluye su razonamiento la parte, indicando que es menester señalar que debió declararse, por tanto, y en consonancia con las pretensiones contenidas en el petitum de la demanda, el mejor derecho del recurrente a resultar adjudicataria del concurso, puesto que su oferta resultaba neta y objetivamente superior a la adjudicataria.

Para resolver la cuestión planteada en este recurso de casación debemos comenzar por recordar que el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece la aplicación supletoria de las normas del derecho administrativo a los contratos administrativos, por lo que en la contratación administrativa es también de aplicación el artículo 71, que se intitula “Subsanación y mejora de la solicitud”, y dispone que “1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, archivándose sin más trámite, con los efectos previstos en el artículo 42.1.”

Partiendo, pues, de la aplicabilidad al caso del precepto que se acaba de citar, resulta claro que la Administración debió requerir la subsanación de las omisiones relativas a los documentos que acreditaban la capacidad y solvencia económica, financiera, técnica o profesional para contratar con la administración, no así las proposiciones de los interesados relativas a la oferta económica.

La Sentencia de instancia por tanto ha interpretado correctamente los artículos 62, 63 y 65 de Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En el caso de autos solo se podría afirmar que estuviésemos ante un supuesto de falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, de la empresa que finalmente resultó adjudicataria, supuesto contemplado en el artículo 62, b), si, transcurrido el plazo otorgado para la subsanación, no se hubiera presentado la documentación correspondiente, de ahí que, nos encontramos, como acertadamente apreció la sentencia recurrida, ante un caso en que la Administración, ante la falta de presentación de los documentos relativos a la capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, no requirió la subsanación de esta omisión subsanable, por lo que la Sentencia de instancia aplicó correctamente el artículo 63 de citado Real Decreto Legislativo.

Por último debemos indicar que el hoy recurrente en la instancia solicitó subsidiariamente que se declarara la anulación de la adjudicación, que es lo que en definitiva hizo el Tribunal de instancia, por lo que acogió su pretensión».

*(STS de 30 de mayo de 2011. Sala 3ª, Secc. 7ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Conde Martín de Hijas. Ar. 4836).*

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### RÉGIMEN ESPECIAL DE SUSPENSIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA

Las sanciones administrativas se encuentran suspendidas por ministerio de la Ley, ex artículo 138.3 de la LPAC, hasta que se ponga fin a la vía administrativa, teniendo en cuenta que de interponerse recurso contencioso con petición cautelar, esa suspensión se extiende hasta que el juez administrativo se pronuncie sobre la cautela solicitada.

Antes de nada debemos señalar que las sanciones sólo serán ejecutivas cuando hayan puesto fin a la vía administrativa, ex artículo 138.3 de la Ley 30/1992».

«De modo que la Administración no puede ejecutar una sanción recurrida en vía administrativa o impugnada en sede jurisdiccional hasta tanto el juez administrativo no se pronuncie sobre la medida cautelar solicitada. En el bien entendido que si no se solicita la medida cautelar ante el órgano judicial será ejecutiva a pesar de esa impugnación jurisdiccional.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al examinar la compatibilidad de la ejecución de las sanciones con la tutela judicial efectiva. Nos referimos a las conocidas Sentencias 66/1884 y 78/1996.

En definitiva, la sanción impuesta no puede ejecutarse hasta que concluya la vía administrativa y no se interponga recurso contencioso-administrativo. Ahora bien, en caso de interponerse el recurso contencioso-administrativo con petición cautelar, la suspensión alcanza hasta que el juez resuelve sobre dicha medida cautelar solicitada.

La denegación de la medida cautelar acordada en el acto recurrido, por tanto, no resulta conforme a derecho y debe ser anulada, porque las sanciones administrativas se encuentran suspendidas por ministerio de la Ley, ex artículo 138.3 de la Ley 30/1992. De modo que no puede hacerse una aplicación aislada del artículo 111 de la citada Ley, prescindiendo del citado artículo 138.3, cuando el acto cuya ejecución se quiere suspender sea de naturaleza sancionadora. Esta medida cautelar fijada por la Ley alcanza hasta que se ponga fin a la vía administrativa, teniendo en cuenta que cuando se interpone recurso contencioso-administrativo con petición cautelar esa suspensión se extiende, insistimos, hasta que el juez administrativo se pronuncie sobre la cautela solicitada.

En consecuencia, el recurso contencioso-administrativo ha de ser estimado respecto de la suspensión de la sanción, porque el acto impugnado no aplicó el artículo 138.3 de la Ley 30/1992.

*(STS de 2 de diciembre de 2011. Sal 3ª, Secc. 5ª. F. D. 3º. Magistrada Ponente Sra. TESO Gamella. Ar. 110/2012)*

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### INCIDENTE DE EJECUCIÓN

Siendo posible en principio suscitar incidentes de ejecución en relación con sentencias desestimatorias, no es menos cierto que en todo caso lo que no cabe es utilizar el incidente de ejecución para plantear cuestiones nuevas no examinadas ni resueltas en la sentencia de cuya ejecución se trata.

«El Abogado del Estado alega que las sentencias desestimatorias no son ejecutables, pero tal afirmación no puede compartirse en términos tan drásticos. Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado en nuestra STS de 20 de octubre donde dijimos:

“Es cierto que la sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo contra un determinado acto de la Administración tiene un contenido declarativo, pues declara la validez del acto impugnado sin modificar su contenido, de donde se deriva que, al menos en principio, el cumplimiento de la sentencia se agota con esa sola declaración. Sin embargo, tales consideraciones no permiten afirmar de forma categórica -como pretende el recurrente- que las sentencias desestimatorias no son ejecutables. En primer lugar, porque en la legislación vigente el proceso contencioso-administrativo no siempre se presenta en su modalidad tradicional de impugnación dirigida contra un acto expreso o presunto de la Administración, sino que caben supuestos de significación bien distinta como son el recurso frente a la inactividad de la Administración o frente a actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (artículo 25 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción) en los cuales el pronunciamiento desestimatorio no significa propiamente el reconocimiento de la validez de un acto administrativo. En segundo lugar porque, incluso en el supuesto común del recurso contencioso-administrativo dirigido contra un acto expreso o presunto de la Administración, el alcance eminentemente declarativo del pronunciamiento desestimatorio del recurso no impide

que puedan suscitarse incidentes de ejecución. Piénsese, por ejemplo, que la Administración vencedora en el litigio inicia luego los trámites para la revocación de ese mismo acto, o para su revisión de oficio, o, sencillamente, desiste de ejecutar la decisión cuya validez ha sido respaldada en vía jurisdiccional; y es entonces un tercero, que había comparecido en el proceso como codemandado, quien insta ante el Tribunal el efectivo cumplimiento de lo decidido en la sentencia por estar legítimamente interesado en la ejecución”.

Ahora bien, aun partiendo de que, en principio, no puede descartarse la posibilidad de problematizar ante el Tribunal la ejecución de sus sentencias desestimatorias, si descendemos al examen del caso que ahora nos ocupa hemos de concluir que lo pretendido por el recurrente excede manifiestamente del ámbito procesal en que trató de situarlo.

Con carácter general, no cabe utilizar el incidente de ejecución de la sentencia para tratar de suscitar en se limitado ámbito de cognición cuestiones nuevas que no fueron propiamente examinadas ni resueltas en la sentencia de cuya ejecución, supuestamente, se trata. Como señala la sentencia de esta Sala Tercera de 15 de marzo de 2004, el principio fundamental que rige la materia de ejecución de sentencias es el que dicha ejecución ha de ajustarse a lo ordenado por la resolución que se pretende llevar a la práctica, sin poderse ampliar, en fase de ejecución, los puntos objetos de debate, planteando cuestiones nuevas que no se suscitaron en el proceso.

Menos aún cabe que quien interpuso el recurso contencioso-administrativo pero perdió el pleito acuda con posterioridad a un cauce como este del incidente de ejecución -con el limitado ámbito de cognición que le es propio- no para procurar la debida ejecución de la sentencia firme en sus justos términos, sino para obtener una nueva declaración del Tribunal que permita paralizar la ejecución del acto administrativo confirmado por la sentencia mientras lleva a cabo las actuaciones necesarias para legalizar su situación jurídica y así desvirtuar lo dicho en la sentencia, evitar las consecuencias de la desestimación de su pretensión y desactivar la firmeza y ejecutividad del acto administrativo.

Pues bien, eso es precisamente lo acaecido en este caso. Lo que el recurrente pretendió al suscitar el incidente de ejecución, cinco años después de la sentencia firme desestimatoria de su recurso contencioso-administrativo, no fue propiamente discutir los términos de la ejecución de dicha sentencia. Al contrario, lo que buscaba a través del incidente era impedir que como consecuencia de la desestima-

ción de su recurso, y la consiguiente firmeza y plena ejecutividad del acto administrativo impugnado, la Administración ejecutara dicho acto, para lo que invocó hechos y actuaciones novedosas y posteriores a la sentencia. Dicho sea de otro modo, el recurrente no buscaba mediante el incidente de ejecución procurar la debida ejecución del “fallo” o discutir su alcance y contenido, sino, al contrario, evitar dicha ejecución so pretexto de que tras dictarse la sentencia estaba realizando las actuaciones necesarias para dar una cobertura de legalidad al inmueble cuya demolición ordenó la Administración mediante la resolución impugnada en el proceso, declarada conforme a Derecho por la Sala de instancia. Obvio es que tal pretensión excedía del ámbito de un incidente de ejecución, en el que, como hemos dicho, no cabe suscitar cuestiones no debatidas ni resueltas en el pleito principal del que trae causa».

*(STS de 24 de mayo de 2011. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 3º. Magistrado Ponente Sr. De Oro-Pulido López. Ar. 4687).*

## XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESISTIMIENTO

Es una de las formas de terminación de los procedimientos administrativos, que consiste en la declaración de voluntad del interesado expresando que desea abandonar la pretensión por la que se inició el procedimiento. Son requisitos del desistimiento: a) Que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico; b) Realizarse de forma expresa e inequívoca; c) No procede cuando se afecte al interés general o de tercero; y d) Ha de ser aceptado por la Administración.

«La resolución de estas cuestiones pasa porque analicemos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 y siguientes de la Ley 30/1992, la naturaleza del desistimiento en los procedimientos administrativos y las razones que pueden integrar el “interés general” o la “conveniencia” para seguir la tramitación. Sólo así estaremos en condiciones de determinar si la sentencia recurrida ha infringido, o no, los artículos citados, al considerar que concurría un interés general representado por la incidencia que el volumen y características del aprovechamiento podrían tener en la fijación del justiprecio. Antes, no obstante, conviene hacer en el siguiente fundamento un previo apunte fáctico al respecto.

En 1988 la mercantil recurrente solicitó, al amparo de la disposición transitoria segunda de la Ley de Aguas de 1985, la inscripción de un aprovechamiento de aguas sito en la finca Sa Costera. En 1998 se inicia el procedimiento y mediante Resolución de 19 de abril de 2001 se acordó la inscripción de tal aprovechamiento. Impugnada esta decisión porque se basó en un acta de inspección sin garantías, a juicio de la recurrente, se dicta Sentencia de 16 de diciembre de 2003 que anula el citado acto de 19 de abril de 2001 y retrotrae actuaciones al momento anterior a la visita de inspección. Durante la sustanciación de dicho recurso contencioso-administrativo la Administración, por otro lado, expropia la finca del recurrente donde se encuentran las aguas y se fija el justiprecio por el Jurado Provincial en fecha 30 de mayo de 2003, que ha sido impugnado al parecer por la recurrente y por la Administración. Posteriormente, en ejecución de la Sentencia de 16 de diciembre de 2003, la recurrente solicitó la suspensión de una visita de la inspección a la que era convocado, para evitar, según alega la parte recurrida, que de las comprobaciones de la inspección se dedujera que el caudal es inferior al declarado, porque consideraba la recurrente que al haber sido expropiado ya no era titular del alumbramiento. Como quiera que no se estimó dicha solicitud de suspensión, la parte recurrente desistió del procedimiento. A pesar de tal desistimiento la Administración continuó con el procedimiento al entender que concurrían razones de interés público.

Debemos continuar, según el orden que establecimos en el fundamento tercero “in fine”, con el examen de la naturaleza y límites del desistimiento en el procedimiento administrativo.

El desistimiento, con carácter general, es una de las formas de terminación de los procedimientos administrativos, que consiste en la declaración de voluntad del interesado expresando que desea abandonar la pretensión por la que se inició el procedimiento. Su apreciación, teniendo en cuenta que estamos ante un procedimiento entre el particular y la Administración, y no es por tanto un procedimiento triangular, se sujeta a la concurrencia de una serie de requisitos generales que nos resulta obligado relacionar.

En primer lugar, el desistimiento no ha de estar prohibido por el ordenamiento jurídico (artículo 90.1 de la Ley 30/1992), es decir, no ha de versar sobre materias ajenas a la disponibilidad de los interesados. En segundo lugar, ha de realizarse de modo que permita su constancia (artículo 91.1 de la Ley 30/1992), es decir, no puede presumirse o suponerse sino que ha de poder confirmarse y constatarse. Debe de tenerse constancia inequívoca de la voluntad de desistir.

Y, en tercer lugar, necesita de su aceptación por la Administración. Sin que pueda admitirse el desistimiento, por lo que hace al caso, que *“entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición o esclarecimiento”* (artículo 91.3 de la misma Ley 30/1992), es decir, cuando se afecte al interés general no procede el desistimiento.

En el caso examinado no concurre prohibición alguna y consta la manifestación expresa y por escrito del desistimiento del promotor del procedimiento. De modo que el problema interpretativo surge con motivo de la aplicación del tercer requisito. Qué ha de entenderse por *“interés general”*, como causa legitimadora para denegar el desistimiento presentado por quién promovió el inicio del procedimiento administrativo.

Las claves sobre lo que debemos entender por *“interés general”* o que fuera *“conveniente”* (artículo 91.3 de la Ley 30/1992) como presupuesto necesario para denegar la terminación del procedimiento a pesar de haber desistido su promotor y continuar la tramitación, se proporcionan en el mismo precepto legal.

Así es, el indicado apartado 3 señala que se seguirá la tramitación del procedimiento administrativo *“si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento”*. De modo que la *“cuestión suscitada”* en ese procedimiento –iniciado por solicitud del interesado en 1988 al amparo de la disposición transitoria segunda de la Ley de Aguas de 1985 para la inscripción de un aprovechamiento de aguas– es lo que ha de entrañar interés general. Y no las cuestiones suscitadas en otros procedimientos administrativos en los que es parte el mismo interesado.

La determinación de las características del aprovechamiento es lo que ha de integrar el interés general, pues este únicamente es el que aparece, late y resulta inherente al propio procedimiento administrativo en que se sustancia dicha cuestión y que precisa de la conclusión del mismo, a pesar del desistimiento formulado.

Y no se refiere, por tanto, al interés general latente en otros procedimientos administrativos, en conexión más o menos intensa con aquel en el que se ha producido el desistimiento. La excepción contenida en el artículo 91.3 de tanta cita no permite, pues, esa confusión y mezcla entre los intereses generales presentes en cada actuación administrativa canalizada en un procedimiento.

Además, el interés general no puede confundirse con el interés de la Administración o con la mera conveniencia administrativa. Repárese que si bien la Administración está al servicio del interés general,

sin embargo ese interés general no viene representado por el que esgrime la Administración y al que se refiere la sentencia recurrida. Se trata de un nada desdeñable interés económico pero que tiene un impedimento, para su aplicación como excepción al desistimiento en que nos encontramos, y es que tal interés no reside ni se materializa en este procedimiento en materia de aguas donde se ha producido el desistimiento denegado, sino en otro procedimiento diferente.

Es en el procedimiento de fijación del justiprecio, y en el recurso contencioso-administrativo posterior, donde han de valorarse, con carácter general, los derechos o intereses patrimoniales legítimos, y en particular, donde han de determinarse y probarse las características concretas del aprovechamiento sito en la finca, para que el justiprecio se ajuste exactamente a dichas características.

En definitiva, el interés público al que se refiere el mentado artículo 91.3 de la Ley 30/1992 no puede venir representado por la repercusión económica que las características del aprovechamiento puedan tener en un procedimiento para la fijación del precio de la expropiación. El interés general es el que se manifiesta y palpita en el propio procedimiento que exige, en atención al mismo, de su completa tramitación y que, atendida su relevante naturaleza, no consiente una terminación anticipada por desistimiento.

Sin que, por lo demás, podamos entender que se ha producido un supuesto de desviación de poder, porque no se ha producido el ejercicio de una potestad administrativa para una finalidad distinta de la que establece el ordenamiento jurídico, como demanda el artículo 70.2 de la LJCA. Y no se aprecia tal desviación teleológica porque la discrepancia ha surgido con motivo de nutrir de contenido esa llamada al interés general que hace el tan citado artículo 91.3 de la Ley 30/1992, para limitar los efectos del desistimiento, en los términos que hemos expuesto».

*(STS de 27 de mayo de 2011. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 3º a 7º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella. Ar. 4801).*

## XX. RESPONSABILIDAD

### DAÑOS PERMANENTES Y DAÑOS CONTINUADOS

El TS recoge en esta sentencia, en relación con la prescripción o no del plazo para reclamar, el tratamiento diferenciado que la jurisprudencia otorga a los

daños permanentes (el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación y por ello cuantificable) frente a los daños continuados (no es posible determinar el alcance de las secuelas).

«Pues bien, lleva razón el recurrente en lo que se refiere a la necesidad de distinguir entre los daños permanentes y los daños continuados. Como declaramos en nuestra Sentencia de 13 de mayo de 2010 recurso 2071/2008, con cita de la de 18 de enero de 2008, recurso de 4224/2002, existen determinadas enfermedades en las que la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la *actio nata*, desde la determinación del alcance de las secuelas, aún cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable.

También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del período del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible pre-determinación en su origen.

En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2000. A tal efecto y como señala la sentencia de 25 de junio de 2002, esta Sala vie-

ne “proclamando hasta la saciedad (sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7418)), que el “dies a quo” para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto” (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos “aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad” (Sentencia de 23 de julio de 1997)”.

Lo que tampoco supone que el plazo quede abierto de manera indefinida, sino que ha de estarse al momento en el que se concreta el alcance de las secuelas, pues el carácter crónico o continuado de la enfermedad no impide conocer en un determinado momento de su evolución su alcance y secuelas definitivas o al menos de aquellas cuya concreta reparación se pretende (Sentencias de 12 de diciembre de 2009, 15 de diciembre de 2010 y 26 de enero de 2011».

*(STS de 31 de mayo de 2011. Sala 3ª, Secc. 7ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 4848).*

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

### LA DENOMINADA DOCTRINA DE LOS SISTEMAS GENERALES

La valoración del terreno expropiado como urbanizable se funda en la consideración del aeropuerto como un sistema general de comunicaciones, de equipamiento dotacional eminentemente local y destinado a crear ciudad.

«La pretensión principal de la parte recurrente, consistente en la valoración del terreno expropiado como urbanizable, se funda en la aplicación de la denominada doctrina de los sistemas generales, abundando en la consideración del aeropuerto en cuestión como un sistema general de comunicaciones, de equipamiento dotacional eminentemente local y elemento estructural esencial y determinante del desarrollo urbano de la ciudad de Burgos, además de alegar que se ha producido una indebida singularización y aislamiento respecto del entorno, todo ello entendiendo que la incidencia del art. 25 de la Ley 6/1998, en la redacción dada por el art. 104 de la Ley 53/2002, aun cuando pueda suponer limitaciones en la aplicación casuística,

no determina que la referida doctrina haya quedado totalmente extinta e inaplicable cuando concurren los requisitos fácticos en que se funda la misma.

Ante este planteamiento y para resolver la controversia, conviene hacer referencia al fundamento y alcance de dicha doctrina, para lo cual basta acudir a la sentencia de 17 de noviembre de 2008, dictada en el recurso 5709/2007, que de forma precisa señala que: *“Desde la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 (BOE de 14 de mayo), pasando por el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (BOE de 16 y 17 de junio), por el adoptado mediante el Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio (BOE de 30 de junio), por la propia Ley 6/1998, por la posterior 8/2007, de 28 de mayo 4 del Suelo (BOE de 29 de mayo) y, en fin, por el Texto Refundido surgido de esta última Ley y acordado por el Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio (BOE de 26 de junio), la regla general es la valoración de los terrenos conforme a su clasificación urbanística (su «situación básica», según la terminología a partir de la Ley 8/2007).*

*Ahora bien, nuestra jurisprudencia ha sentado que, en los casos en los que unos terrenos destinados a sistemas generales se encuentren clasificados como no urbanizables o carezcan de clasificación específica, procede valorarlos como urbanizables siempre y cuando se destinen a «crear ciudad», salvo que, por reunir los requisitos señalados por el legislador, su clasificación como urbanos resulte obligada (recuérdese el carácter reglado de la potestad del planificador en este punto). Esta doctrina se explica porque, cuando se trata de implantar servicios para la ciudad, no puede hacerse a costa del sacrificio singularizado de unos propietarios, de modo que, aunque el suelo afectado se haya considerado por el planificador como rústico, al encontrarse asignado a la estructura general de ordenación urbanística del municipio, de su red viaria y dotacional, debe estimarse como una obra de infraestructura básica adscribible al suelo urbano o al urbanizable (por todas, véanse las sentencias de 29 de enero de 1994 (apelación 892/91. FJ 2º), 29 de mayo de 1999 casación 1346/95. FJ 3º), 29 de abril de 2004 (casación 5134/99. FJ 1º) y 6 de febrero de 2008 (casación 9131/04. FJ 4º). El «leiv motiv» de esta doctrina se encuentra en el principio de equidistribución de las cargas y de los beneficios derivados del planeamiento, consagrado en los artículos 3. apartado 2. letra b), y 87, apartado 1, del Texto Refundido de 1976, presente también en la normativa posterior, en particular, en lo que al caso debatido afecta, en el artículo 5 de la Ley 6/1998, y que es trasunto del principio constitucional de igualdad, tanto en su dimensión formal, ante la norma o su aplicación (artículo 14), como en la sustancial (artículo 9, apartado 2).*

*Esta doctrina presupone, pues, que el sistema general al que van a servir los terrenos que, clasificados como no urbanizables, se obtienen por expropiación, tenga vocación de «crear ciudad» (expresión que ha hecho fortuna en la jurisprudencia), discriminando, por ello, in peius a sus propietarios, quienes, de no valorarlos como urbanizables, se sacrificarían a cambio de la retribución correspondiente al suelo rústico para que los demás se beneficien de la expansión ciudadana y del consiguiente incremento de valor de sus predios.”*

Así pues, estableciéndolo así tras la reforma del año 2002, el artículo 25 de la Ley 6/1998 se hace eco de la jurisprudencia pronunciada por esta Sala sobre la materia; jurisprudencia que, ante el frecuente planteamiento de pretensiones de valoración como suelo urbanizable de los terrenos expropiados para la ejecución de infraestructuras, o implantación de servicios, supramunicipales, a pesar de estar aquéllos clasificados como no urbanizables, ha venido sosteniendo la necesidad de cualificar aquella conexión exigiendo para tales infraestructuras o servicios, más allá de su mera situación urbanística, su integración en el entramado urbano, en el sistema viario municipal, formando parte de su estructura y desarrollo, y, en definitiva, contribuyendo a crear ciudad. De este modo, no todos los terrenos expropiados para ejecutar infraestructuras o servicios municipales tendrán que ser valorados como suelo urbanizable (o, en su caso, urbano) como tampoco lo tendrán que ser necesariamente en toda la extensión de la infraestructura sino en un tramo o parte concreta de la misma siempre que en ellos concurren las características antes señaladas.

Así en relación con las vías de comunicación, típica infraestructura de carácter supramunicipal, existe una consolidada jurisprudencia, que se refleja en la sentencia de 8 de marzo de 2006, recurso núm. 3139/2003, según la cual: *“ha de recordarse que, como recogemos en la reciente sentencia de 11 de enero de 2006 las redes viarias, tanto urbanas como interurbanas se integran en el sistema general de comunicaciones que ha de definir el Plan General (artículo 25 del Reglamento de Planeamiento y la cuestión consiste en precisar, como ha recordado esta Sala (por todas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005), cuándo esa red viaria tiene transcendencia urbana a efectos expropiatorios, independientemente de la clasificación asignada por el plan a los terrenos sobre los que se asientan.*

Todo ello lleva a considerar que los terrenos expropiados, aun clasificados como no urbanizables, en cuanto destinados a la realización de un sistema general de comunicaciones, integrado en un ámbito de desarrollo urbano de la ciudad de Burgos, que contribuye a crear ciudad, han de ser valorados como si de suelo urbanizable se tratara,

pues así lo exige el respeto al principio de equitativa distribución de beneficios y cargas (art. 5 Ley 6/98), que se vería conculcado de atender a la valoración como suelo no urbanizable, rústico, viéndose perjudicado el expropiado en su derecho a recibir una indemnización que se corresponda con el sacrificio realmente sufrido, que reconoce el art. 33.3 de la Constitución y que inspira la regulación establecida en la Ley 6/98, que, como señala en su exposición de motivos, ha optado por establecer un sistema que trata de reflejar con la mayor exactitud posible el valor real que el mercado asigna a cada tipo de suelo.

Ello lleva a la estimación del motivo de casación en tal sentido, en cuanto la sentencia recurrida incurre en las infracciones que se denuncian respecto de los preceptos y jurisprudencia invocados, en cuanto no se ajusta a la interpretación que de los mismos se acaba de exponer».

*(STS de 5 de julio de 2011. Sala 3ª, Secc. 6ª. F. D. 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr Prieto. Ar. 5662).*



# Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (\*)

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Extranjería. Orden de expulsión por delito de estupefacientes de extranjero. Valoración de circunstancias personales. Aplicación de la Jurisprudencia al respecto del TEDH.

El hecho determinante de la expulsión es la condena en ejecutoria 8/07 de la Audiencia Provincial de Córdoba, por un delito contra la salud pública, al la pena de tres años de prisión por lo que concurre la causa de expulsión prevista en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

No discutido el hecho determinante de la expulsión, la crítica que el apelante dirige contra la sentencia de instancia es el automatismo con que aplica el precepto antes citado sin tener en consideración las circunstancias familiares en que se encuentra el apelante y que se concretan en haber contraído matrimonio con ciudadana extranjera con autorización de residencia en España y tener el matrimonio un hijo nacido en España y de nacionalidad española, citando en apoyo de su argumento la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2009, de 15 de junio, la del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 29 de abril de 2004 y la TSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de enero de 2010.

El art. 57.2 de la L.O. 4/2000, dispone literalmente: “Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”. Se aprecia, por tanto, que en este concreto supuesto no existe alternativa entre la sanción de multa y la expulsión como sucede en los supuestos de infracciones muy graves citadas en el art. 57.1. Esta circunstancia, por sí misma, ya excluye la posibilidad de encajar el su-

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO ISERN.

puesto aquí tratado con el examinado por el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 140/2009 o el TSJ de la Comunidad Valencia de 4 de enero de 2010, citadas por el apelante, donde sí existía esa alternativa y se analiza, principalmente en la primera, la necesidad de motivar la elección de la más gravosa.

No obstante, es cierto que el Tribunal Constitucional en dicha sentencia refiere, citando la sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 2001 y 17 de abril de 2003, que la decisión administrativa siempre ha de observar principios generales como es de protección a la familia y la infancia, pero no significa que siempre que nos encontremos ante unos hechos como los alegados por el apelante (matrimonio con extranjera con autorización de residencia e hija en común de nacionalidad española), el automatismo que critica el recurrente se convierta a su vez en automatismo de signo contrario, imposibilitando acordar la expulsión del territorio nacional del condenado penalmente. La protección del orden público y la prevención de infracciones penales también han de ser consideradas en la adopción de la sanción a imponer y la misma puede ser la expulsión si se encuentra justificada y resulta proporcionada en relación con los hechos que determinaron la infracción penal que motivó la condena a pena superior a un año. En el presente caso, tal y como se fundamenta en la propuesta de resolución, el hecho delictivo cometido merece la más absoluta reprobación y determina no ser tolerante ni permisivo con autores de tales conductas como es el tráfico de sustancias estupefacientes. Además, el hecho de tratarse de un ciudadano colombiano que carece de autorización de residencia y la limitación temporal de la orden de expulsión determina que, por ejemplo, no sea equiparable al supuesto tratado en el sentencia del TEDH de 17 de abril de 2003 en el que el expulsado de Alemania había nacido en dicho país, aunque de nacionalidad turca si bien nunca había estado en Turquía, y, además, la prohibición de retorno no se acotaba temporalmente. En definitiva no sólo la redacción taxativa y sin alternativa del art. 57.2 de la L.O. 4/2000, sino la apreciación y valoración de los hechos que rodean la situación personal del apelante puesto en relación con la conducta por la que fue condenado, justifican la adopción de la orden de expulsión, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación.

La íntegra desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de costas a la parte apelante.

*(St. de 9 de abril de 2012, Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)*

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

### Expropiación de precarios.

Por la parte actora se interpuso recurso contencioso administrativo contra acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla de 17 de abril de 2009 y su confirmatorio en reposición de 30 de junio de 2009, por el que se fija la indemnización favor de la actora como precarista desalojada de las parcela 14-32 del sector SEN-2 del PGU de Dos Hermanas, expropiadas en ejecución de dicho planeamiento.

Por la actora se interpuso demanda en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estima aplicables al caso, termina suplicando que se anule la resolución recurrida y se fije el justiprecio en 851.822,70 €.

La Comisión Provincial de Valoraciones fija la indemnización a la actora por el desalojo de los terrenos expropiados para la ejecución del planeamiento de Dos Hermanas, que la actora ocupaba en precario, por las instalaciones fijas no desmontables.

Como quiera que seguido el procedimiento de tasación conjunta y la resolución del expediente de determinación del justiprecio por una única resolución de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, las cuestiones planteadas en este recurso ha sido ya resueltas por pronunciamientos precedentes de esta Sala como es la sentencia de 23 de septiembre de 2011 que puso fin al recurso contencioso-administrativo nº 491/2009. Trasladando en lo que resulta de aplicación, para resolver hay que partir de los siguientes hechos referidos en la sentencia citada:

- 1) Las tierras en las que la actora tiene su explotación fueron expropiadas, en 1975, para el Instituto Nacional de Urbanización (INUR), para realización del polígono industrial Carretera de la Isla, cuya urbanización sólo fue iniciada en parte
- 2) El 26 de abril de 1977, el Ayuntamiento de Dos Hermanas solicita del INUR, para los suelos no urbanizados aún, autorización para que dichos terrenos puedan ser utilizado para uso agrícola por trabajadores agrícolas de la población, dado el paro existente, en precario y mientras no se inicie la urbanización.
- 3) El 18 de septiembre de 1979, el Ayuntamiento de Dos Hermanas presentó escrito ante la Delegación Provincial de Obras Públicas y Urbanismo por el que solicitaba la adjudicación de los terrenos para su aprovechamiento agrícola, sobre la base de cuya actuación, la ac-

tora inició la explotación que ha mantenido de forma continuada y pacífica desde hace más de veinte años.

4) En noviembre de 2007, se notifica a la actora inicio de expediente expropiatorio SEN-2, Lugar Nuevo, para ejecución del planeamiento, en procedimiento de tasación conjunta.

5) En marzo de 2007, se requiere a la actora para que, conforme a anterior requerimiento, cese en cualquier tipo de labor agrícola sobre los terrenos que ocupa.

Así los hechos, como hemos dicho, la Comisión fija la indemnización que corresponde a la actora, como ocupante en precario de los terrenos, por las instalaciones no desmontables. En realidad la controversia en la determinación del justiprecio versa sobre el alcance de la indemnización a que tiene derecho el precarista y que la Comisión Provincial de Valoraciones razona y fija en los términos que contiene su acuerdo, alejando por ello toda sombra sobre falta de motivación como alega la recurrente.

Funda la actora su demanda en la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, y que se resume, entre otras sentencias del Tribunal Supremo, en el fundamento séptimo de la sentencia de 19 de enero de 1999, en los siguientes términos:

La jurisprudencia de esta Sala viene declarando (sentencias de 22 de marzo de 1957, 19 de noviembre de 1957, 30 de noviembre de 1964, 21 de octubre de 1971, 8 de marzo de 1972, 23 de mayo de 1979 y 18 de junio de 1997, recurso número 7.696/92, entre otras), que conforme establece el artículo 1.º de la vigente Ley de Expropiación forzosa, en ella se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio; que el también artículo 1.º del Reglamento de la Ley sanciona que toda la intervención administrativa que implique privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos a que se refiere el artículo 1.º de la Ley es una expropiación forzosa a todos los efectos; y que la enumeración singular que hace el artículo 1.º de la Ley no tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos a los fines de la calificación del párrafo anterior. Tan amplio campo objetivo de aplicación de la Ley exige que no se quede sin indemnizar ningún derecho o interés expropiado, incluyéndose en ella y sus beneficios como dice el propio preámbulo “todas las formas de acción administrativas que impli-

quen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general, y como tal se estructura sin perjuicio del obligado respeto a las peculiares características de cada figura en particular”. La amplia fórmula expresada en los preceptos legales transcritos, autoriza a que en determinados casos pueda ser la situación de precario objeto de indemnización. Así, cuando la acepción de precario que se discute no es la posesoria o de puro hecho en que se tiene o detenta incluso sin derecho para ello, y sin la tolerancia del dueño, sino que se contempla una situación contractual por la que una persona cede el uso gratuito de la cosa, revocable a juicio del cedente.

Ahora bien el que el precarista pueda ser tenido como titular de intereses afectados por una expropiación, no significa que deba indemnizársele en todo caso como si de un titular estable del derecho al uso se tratase. Así, como dijimos en sentencia de 11 de septiembre de 2009, que puso fin al recurso 325/2006:

Por tanto, lo que legalmente no cabe ahora es valorar el vuelo de la parcela NUM002, menos aun dándole el tratamiento reservado para la pérdida de rendimiento que sufre el dueño de un suelo afectado a usos productivos, porque el derecho del precarista no excede del que corresponde a un poseedor de mala o buena fe, según los casos, y en este último, se limita al abono de una serie de gastos, entre ellos los de producción y a una parte proporcional de la cosecha.

Nos encontramos pues con actos de cultivo meramente tolerados, sin que la pasividad del dueño, dado los avatares por los que han pasado los terrenos (expropiación, falta de desarrollo de la actuación urbanística, reversión, nueva expropiación), pueda entenderse como consentimiento.

Todo ello, nos lleva a pensar en una situación posesoria de puro hecho, donde no habría interés protegible que pueda ser indemnizado; pero, en todo caso, como también apunta la beneficiaria, aquí no podemos empeorar la situación del recurrente, por lo que, simplemente, habrá que desestimar el recurso.

Pero es que, además, puesto que la previsión de planeamiento era la urbanización de los terrenos aquí estaríamos ante un uso contra plan, que, como tal, no da derecho a indemnización ni puede aumentar el precio de expropiación.

Así, aunque con relación a un arrendamiento, dijimos en sentencia de trece de julio de 2001:

Y así los hechos, a la Sala le resulta absolutamente incomprensible cómo se ha llevado el expediente de valoración hasta el final y esta-

mos en trance de resolver en este pleito. Y ello porque como, acertadamente, señaló la beneficiaria en su hoja de aprecio, nos encontramos ante un arrendamiento excluido del régimen especial de arrendamientos rústicos, no sólo porque así lo preveía expresamente el artículo 2º de la vieja Ley de 15 de marzo de 1935 (a lo que se hace de alguna manera referencia en los documentos de los diferentes contratos, al mencionar la zona de ensanche o fijar la duración en plazo inferior al de la Ley), sino porque expresamente lo establecía la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, en cuyo artículo 47.3 se hace mención a estos arrendamientos para un uso contra plan, excluyéndolos del Régimen Especial y respecto a los que se prevé que, en todo caso, finalizarán automáticamente al primer requerimiento de desalojo por parte del Ayuntamiento, sin derecho a indemnización. Y, en los mismos términos pasó al artículo 58 del TR de la Ley del Suelo de 1976 y 136.2 del de 1992 (debiendo tenerse en cuenta que todos los arrendamientos que se mencionan lo fueron con posterioridad a la aprobación del Plan Parcial). Por lo demás, vemos como el último recibo de renta que presenta la actora es de 1986, con lo que se viene a reconocer que, al menos desde dicha fecha, ocupa las tierras en precario y sin pagar renta o merced alguna.

Y si eso lo dijimos con relación a un arrendamiento, con mayor razón respecto a un mero precario.

En los mismos términos se estableció en el artículo 17 de la Ley 6/1998 y ha pasado al artículo 13 de la Ley 8/2007 y al vigente Texto Refundido. Y la misma previsión se contiene en el artículo 34 de la LOUA.

Por tanto, seguimos sin tener claro el fundamento de la indemnización concedida; pero, como aquí no podemos empeorar la situación de la parte recurrente, a lo dicho hemos de estar.

No se aprecia temeridad o mala fe que justifique la imposición de costas.

*(St. de 9 de abril de 2012. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)*

## XX. RESPONSABILIDAD

Prescripción en los supuestos de daños permanentes.

No se cuestiona por los apelantes la relación de hechos y enumeración de informes médicos que contiene el fundamento de derecho primero de la sentencia que se recurre. La discrepancia surge, ade-

más de la invocada inexistencia de relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada y las patologías que sufre el menor; en otro aspecto que necesariamente ha de ser examinado previamente y que de ser aceptado haría innecesario cualquier análisis sobre la posible existencia de un defectuoso funcionamiento del servicio público sanitario. Nos referimos en particular a la argumentada, ya en primera instancia y ahora reiterada, prescripción del derecho a reclamar por transcurso del plazo de un año que recoge el art. 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La respuesta a la cuestión planteada en el fundamento anterior ha encontrado respuesta en diversas sentencias de la Sala III del Tribunal Supremo. Transcribiremos íntegramente la fundamentación jurídica contenida en dos pronunciamientos principales y recientes de nuestro Alto Tribunal para posteriormente determinar como, dada la semejanza con los hechos del presente recurso, la conclusión ha de ser necesariamente, adelantando conclusiones, desestimatoria de la pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que ejercitaron los apelados.

Así, en sentencia de fecha 18 de enero de 2008, el Tribunal Supremo se contiene el siguiente relato de hechos y consecuencias jurídicas en orden a la apreciación del instituto de la prescripción: “Los hechos básicos para la resolución del recurso son recogidos en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida, que a continuación pasamos a sintetizar: «En el informe de la Inspección Médica y en la propia demanda consta que D<sup>a</sup> María Inmaculada, ingresó en el Hospital Maternal el día 7 de diciembre de 1987 a las 9 horas, tras haber expulsado previamente en su domicilio el tapón mucoso. A las 20 horas del día 8 de diciembre, en el quirófano de partos, se valora la situación de la paciente y del feto y se decide el parto vaginal, naciendo el niño a las 20 horas 40 minutos. El recién nacido necesitó reanimación con intubación endotraqueal, encontrándose como hallazgos al ingreso en el servicio de Neonatología los siguientes (RN término de peso adecuado a edad gestacional; sufrimiento fetal agudo e hipotensión). El diagnóstico consignado en el informe de Alta emitido por el mismo Servicio fue (En término de peso adecuado a edad gestacional; sufrimiento fetal agudo; hipotensión arterial; encefalopatía hipóxico isquémica; colonización bacteriana anómala). En el informe realizado por el Servicio de Neuropediatria del Hospital, sobre el niño consta como Diagnóstico previo el de Tetraparesia espástica y crisis neonatales, apreciándose un progreso favorable de su

tetraparesia y buena evolución psíquica. Domingo ha sido calificado por el INSERSO con fecha 3 de junio de 1994, de Tetraparesia por parálisis cerebral de origen sufrimiento fetal agudo, presentando una disminución de su capacidad orgánica y funcional del 65%. Con fecha 12 de junio de 1995 se formula la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios contra el INSALUD. En la comparecencia efectuada por la madre ante la Inspección Médica el 23 de agosto de 1995 a la pregunta que cuál ha sido la causa de haber interpuesto la reclamación ocho años después del nacimiento del niño, la respuesta es la paulatina toma de conciencia de las consecuencias de los hechos anteriormente descritos que les han hecho ver las graves secuelas de incapacidad física que va a tener el niño toda su vida, sobre todo tras la última valoración realizada por el INSERSO en el mes de junio de 1994.»

La sentencia de instancia, con carácter previo enjuicia el motivo de oposición a la demanda, formulada por la Abogacía del Estado y por la representación del INSALUD, basada en la prescripción de la acción de responsabilidad. Por transcurso el plazo de un año para formular la reclamación, previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, dado que según la propia demanda la lesión se manifestó definitivamente, haciéndose patente, el 29 de diciembre de 1987, fecha en la que se confirmó el diagnóstico de tetraparesia por parálisis cerebral (folios 41 y 42 del expediente administrativo), sin que la petición de indemnización se realice hasta el día 12 de junio de 1995 (folio 2 del expediente administrativo).

La Sala de instancia aprecia la prescripción de la Acción, razonando que (F J<sup>o</sup> 4<sup>o</sup>): «Habida cuenta lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/92, el supuesto de autos, en el que no es previsible la curación en sentido estricto, la determinación del día inicial ha de venir dado por el de la fecha en que se ha determinado el alcance de las secuelas, con independencia de que el padecimiento va a ser de por vida; de modo que es en el momento en que se obtiene la información plasmada en el diagnóstico el momento inicial del cómputo». Añadiendo que «en el presente caso, nos encontramos ante un daño permanente, ya que el acto generador se agotó en su momento y la lesión sigue un proceso previsible, de modo que realizado el diagnóstico se conocen las limitaciones con que va a encontrarse el paciente. Así se deduce, en primer lugar, de los folios 41 y 42 del expediente administrativo donde se describen la naturaleza de la lesión, facilitando su diagnóstico y técnicas especiales; en segundo lugar, de la testifical practicada a instancias de la actora, donde se pone de ma-

nifiesto como desde el primer momento se conoce el diagnóstico del niño, sus limitaciones y atenciones a seguir, en un proceso dirigido a mejorar las respuestas, con previsibles resultados, si bien va a necesitar atención de por vida; y, en tercer lugar, en el informe emitido por el Dr. Álvaro que refiere que la existencia del diagnóstico se efectúa en el momento del alta hospitalaria el 29 de diciembre de 1987, y el efectuado a los seis años, es decir en 1993. Con todo ello se aprecia el conocimiento puntual de los padres, con una atención exquisita a las exigencias del menor, conocimiento más claro habida cuenta que la madre es farmacéutica. Finalmente y en cuanto a la existencia del certificado de 3 de junio de 1994 sobre la calificación de la minusvalía se trata de la respuesta a una solicitud de derechos, beneficios y servicios que puedan corresponder y no se opone a los diagnósticos anteriores sobre la enfermedad, por lo que los demandantes conocían ya el daño permanente y la previsible evolución».

En base a la fundamentación anterior, la Sala de instancia declara prescrita la acción relativa a la demanda formulada por los recurrentes.

La representación procesal de D<sup>a</sup> María Inmaculada y de D. Valentín, en nombre propio, y en representación de sus hijos, D. Domingo y D. Víctor, fundamenta el único motivo del recurso al amparo de la letra d) del número 1 del artículo 88 LRJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, por considerar que la sentencia infringe el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y las Sentencias del Tribunal Supremo que cita (de fechas 8 de julio de 1983; 14 de julio de 1997; 27 de febrero de 1996; 10 de octubre de 1995 y 14 de febrero de 1994). En desarrollo del aludido motivo casacional, sostiene la parte recurrente, que si bien la sentencia entiende que el dies a quo para el cómputo del plazo de la prescripción fue el 29 de diciembre de 1987, cuando el niño es diagnosticado de tetraparexia por parálisis cerebral, sin embargo, a su juicio, el dies a quo debe fijarse en el momento en que son conocidas las secuelas que va a padecer el menor, y desgraciadamente todavía no todas ellas son conocidas, como bien se indica en el informe del Dr. Álvaro. Añade además que obtenida una calificación de minusvalía orgánica y funcional del 65%, mediante certificado del Ministerio de Asuntos Sociales fechado el 3-6-1994, tras los preceptivos reconocimientos médicos, ese podría ser el dies a quo, ya que se trataba de una nueva valoración de las secuelas padecidas por

el menor. Es más, expresa la actora, una correcta interpretación del artículo 142.5 de la Ley 30/92, nos llevaría a comprender que el plazo de la prescripción todavía no ha comenzado, por cuanto todavía quedan secuelas por conocer, y por tanto, por valorar, y en base a tal valor, efectuar la reclamación por cantidad adecuada.

En apoyo de su pretensión la recurrente expresa que del análisis de una de las sentencias del Tribunal Supremo citadas por la Sala de instancia en su fundamentación, concretamente la de 8 de julio de 1983, se llega a la conclusión contraria a la que llega la sentencia ahora recurrida, toda vez que en aquella se mantiene que la fijación del dies a quo ha de atenderse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto producido, que en el caso que nos ocupa no se conocen de forma plena como cabe deducir del informe de Don. Álvaro, luego por tanto no puede plantearse que la fecha de un simple diagnóstico es la fecha de inicio para el cómputo del plazo de prescripción, y menos en el presente caso en que las secuelas siguen apareciendo. Y así en apoyo de su pretensión la actora menciona diversas sentencias del Tribunal Supremo sobre el inicio del cómputo del plazo cuando hay secuelas, señalándose que la fecha inicial es el momento en que se conoce aquellas.

Combate también la recurrente, la apreciación de la sentencia recurrida de que existe prescripción porque nos encontramos ante un daño permanente, cuyo acto generador se agotó en su momento, siguiendo la lesión un proceso previsible, pues entiende que no se trata de un daño permanente sino continuado; Toda vez que las secuelas siguen aflorando y no están estabilizadas, situación que la jurisprudencia exige se dé para que se comience a contar el año de la prescripción.

Para la actora el Tribunal de instancia no puede quitar importancia al informe de la minusvalía del Ministerio de Asuntos Sociales, alegando que tan sólo se trata de la respuesta a una solicitud de derechos, beneficios y servicios que puedan corresponder al afectado, que no supone que los demandantes conocían ya el daño permanente. Y reitera la recurrente que cierto es que se conocía la existencia del daño permanente, pero no su alcance, del que tomaron un mayor conocimiento a raíz de la calificación de la minusvalía. Prosigue, expresando que puesto que estamos ante una enfermedad irreversible, el plazo ha de quedar abierto, siendo de total aplicación la jurisprudencia unánime creada en torno a las enfermedades derivadas de contagio, como la hepatitis C, al establecer que es una enfermedad sin curación, como en el presente caso.

Previamente sostiene la actora que el certificado de minusvalía de fecha 3 de junio de 1994, le fue notificado con posterioridad al 13 de junio de 1994, por lo que en todo caso el inicio del plazo para la reclamación debe contarse desde el día de la recepción de la certificación y no desde la fecha de su emisión.

En el examen del único motivo casacional invocado es necesario partir de la consideración de que la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ejercitarse, por exigencia de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 142 y 4.2, respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1.993, en el plazo de un año computado a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ello es una consecuencia de la adaptación de la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del artículo 1.902 del Código Civil que ha de computarse, conforme al principio de la “actio nata” recogido en el artículo 1.969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse. En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el número 5 del artículo 142 de dicha Ley y el 4.2 del citado Decreto, exigen que la reclamación se ejercite dentro del plazo de un año desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas; y es el primero de los preceptos citados el considerado infringido por el recurrente, con apoyo en una conocida jurisprudencia de esta Sala, que parte de la distinción entre los daños permanentes y los daños continuados.

Y es que existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la actio nata, desde la determinación del alcance de las secuelas, aún cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable.

También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha ve-

nido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2.000. A tal efecto y como señala la sentencia de 25 de junio de 2002, esta Sala viene “proclamando hasta la saciedad (sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001), que «el “dies a quo” para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto» (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos «aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad» (Sentencia de 23 de julio de 1997)”.

Sentado lo anterior, carece de fundamento el loable intento que efectúa la representación de la actora en orden a convencer a la Sala de que estamos en presencia de un daño continuado y no, como razonadamente aprecia la Sala de instancia, de un daño permanente, ya que los argumentos de la recurrente parten de una inequívoca confusión entre secuelas y padecimientos. Hemos de dejar sentado que, en el presente caso, nos encontramos ante la existencia de un daño permanente, dado que en el diagnóstico del hijo de la recurrente, que se realizó tras el parto por el Servicio correspondiente del Hospital, del que se dejó nuevamente constancia en el momento del Alta hospitalaria, efectuada el 29 de diciembre de 1987, consta que sufre una Tetraparexia con parálisis cerebral Permanente e invariable y se determinan y concretan las secuelas y su alcance

(folios 41 y 42 del expediente administrativo). Asimismo, las secuelas del niño aparecen expresadas en la propia demanda de la actora (folio 2 del expediente administrativo); en el informe de Alta del Hospital de fecha 26 de octubre de 1994 y en una revisión efectuada al hijo de la recurrente. Y cabe destacar que en el informe pericial elaborado por Don. Álvaro, a propuesta de la actora, el perito, al referirse a la Tetraparesia expresa en primer lugar que “se entiende por tetraparesia el conjunto de manifestaciones clínicas derivadas de un trastorno permanente, invariable, causado por una lesión en el cerebro”, añadiendo, en segundo lugar que “se trata de un proceso que se establece de una vez para siempre y desprovista de caracteres evolutivos”, y, en tercer lugar, y a las preguntas formuladas por la parte recurrente, el citado Don. Álvaro manifiesta que “la tetraparesia espástica que padece el niño es un cuadro de parálisis total de ambos miembros superiores e inferiores, estas lesiones están causadas por una lesión cerebral permanente e irreversible que consta según el informe del TAC cerebral en múltiples hemorragias cerebrales con isquemia (muerte de grupos de neuronas). Estas lesiones son totalmente incurables hasta donde llega actualmente la ciencia médica”.

Por tanto, comparando el contenido del citado informe médico pericial con los informes médicos relativos a los diagnósticos y secuelas obrantes en el expediente administrativo, a que antes hemos hecho referencia, se constata la coincidencia de dicho diagnóstico y del alcance y determinación de las secuelas, por lo que no resulta aplicable la tesis mantenida por el recurrente de que en el presente caso estamos ante un supuesto de daño continuado., tratándose por el contrario, como afirma la sentencia de instancia, de un daño permanente de carácter irreversible e incurable cuyas secuelas quedan perfectamente determinadas desde la fecha del Alta hospitalaria, efectuada el 29 de diciembre de 1987, por ser en dicha fecha perfectamente previsibles, sin que dichas secuelas que, como decimos, quedaron perfectamente determinadas desde aquella fecha, puedan confundirse con los padecimientos que lamentablemente derivan de ellas y que, ciertamente, evolucionan en el tiempo.

Por lo expuesto, y tras las consideraciones expresadas, esta Sala se reafirma en que en el presente caso nos encontramos ante un daño permanente, y en consecuencia, la formulación de la reclamación el 12 de junio de 1995, tuvo lugar fuera del plazo de prescripción de un año indicado en el referido art. 142.5 de la Ley 30/92.

Por tanto, resulta de lo expuesto la inexistencia de la infracción, por

la sentencia recurrida, de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, lo que impone la desestimación del único motivo casacional y con ello del propio recurso de casación en su totalidad.”

Igualmente es conveniente la transcripción, prácticamente completa, de la sentencia dicta por esta misma Sala y Sección en fecha 5 de noviembre de 2010, (recurso de apelación con número de rollo 503/2009) y donde se hace mención a sentencias del Tribunal Supremo de indudable relevancia para la resolución del presente recurso. Así, dijimos entonces: “La sentencia apelada desestima al entender prescrita la acción, ya que el quebranto quedó objetivado desde el parto, sin que el reconocimiento del grado de minusvalía por resolución de la Delegación Provincial de Sevilla de fecha 29 de agosto de 2009, añada nada al conocimiento que ya tenían los padres del síndrome hipóxico-isquémico que atribuyen a una mala atención en el parto, con lo que, a fecha dos de junio de 2006, había transcurrido ampliamente el plazo de un año establecido por el artículo.

En apelación insisten los actores en que el plazo debe contarse desde la declaración de la minusvalía, invocando al efecto la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3<sup>a</sup>, Sección 6<sup>a</sup>, de 28 de junio de 2006.

Y es cierto que, en dicha sentencia se considera que estamos ante unas secuelas de carácter evolutivo, lo que deduce del hecho de que el reconocimiento de la minusvalía se haga con carácter provisional; pero allí se tienen en cuenta otros hechos como las reclamaciones que se mantenían por la mala atención tenida. Pero, en todo caso, tal vez por entender que el carácter revisable de toda declaración de minusvalía, deriva de su propia regulación y no, de la naturaleza de los padecimientos, tal doctrina no ha sido mantenida en sentencias posteriores. La doctrina mantenida en la actualidad por el TS se resume en sentencia reciente de 22 de junio de 2010, Sala Tercera, Sección Cuarta, que puso fin al recurso 3137/2008:

El motivo tampoco puede prosperar, pues sus argumentos no nos permiten llegar a la conclusión de que la Sala de instancia inaplicara o interpretara erróneamente la norma expresada en el inciso final del art. 142.5 de la Ley 30/1992, que establece para un caso como el de autos, de daños de carácter físico o psíquico no susceptibles de curación, que el plazo anual de prescripción empezará a computarse desde “la determinación del alcance de las secuelas”. Ni nos permiten afirmar que apreciara de modo arbitrario, ilógico o absurdo el sentido atribuible a los elementos de juicio de que disponía.

Por lo que hace a lo primero, nuestra jurisprudencia, de la que son

muestra entre otras muchas las sentencias de 18 de enero y 1 de diciembre de 2008 y 14 de julio de 2009, distingue entre daños continuados, que como tales no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto y en los que, por tanto, el “dies a quo” será aquél en que ese conocimiento se alcance; y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance. En esa línea, la primera de las sentencias citadas consideró la tetraparesia como un supuesto de daño permanente.

Y por lo que hace a lo segundo, esto es, a que no podamos alcanzar con los argumentos que expone el motivo la conclusión de que la Sala de instancia haya apreciado de modo arbitrario, ilógico o absurdo el sentido atribuible a los elementos de juicio de que disponía, es una afirmación que se impone a la vista de las patologías que identifica aquel documento de 22 de junio de 2001, pues se refiere a unas de características tales en las que lo razonable y lógico -a falta de datos o consideraciones científicas contrarias que el motivo no aporta- es la segura y certera previsión de su evolución y no, por el contrario, de aparición de secuelas imprevisibles y no determinables. Aboga también a favor de lo que afirmamos la común etiología de todas ellas, su origen, que lo es el sufrimiento fetal perinatal, y, con ello, el nada breve espacio de tiempo transcurrido entre ese origen y el dictamen técnico facultativo que expresa dicho documento. Y por fin, tampoco habla a favor de una incorrecta o errónea apreciación de la prescripción del derecho reclamado las dos secuelas a las que se refiere en particular el motivo, pues la epilepsia, con la entidad de crisis convulsivas generalizadas y, por ende, de efectos previsibles, estaba ya dictaminada en el repetido documento de 22 de junio de 2001. Y la escoliosis que se trae a colación aquí y no en la instancia, se menciona en aquel documento de 30 de mayo de 2008 como parte integrante de “los diagnósticos previos” del menor seguido y tratado en la consulta de aquel Hospital en el que nació, incluyéndola entre las secuelas graves de la encefalopatía hipóxico isquémica perinatal, ya diagnosticada el 29 de agosto de 1994, de suerte que nada nuevo parece haber ahí que no hubiera podido ser objeto de alegación y prueba en la instancia.

En el mismo sentido, la sentencia de la Sección Primera de 30 de abril de 2010. En definitiva, como se matiza en la de 18 de enero de 2008, Sección Sexta, la declaración de minusvalía es un medio de obtener los derechos, beneficios y servicios que puedan corresponder al minusválido y a sus cuidadores; pero no añade nada al conocimiento que tenían los padres del grave padecimiento que presentaba el neonato y que atribuyen a una supuesta mala atención durante el parto. Lo contrario sería tanto como dejar abierto el plazo de prescripción, lo va contra lo establecido en el artículo 142 de la Ley 30/1992 y contra lo que es propio del instituto de la prescripción, que exige un plazo cierto.

Por tanto, hemos de coincidir con la sentencia apelada en que no existe ningún informe que afecte a la situación objetiva ni al alcance de las secuelas, conocidos desde el primer momento, con lo que, a la fecha de interposición de la reclamación, había transcurrido ampliamente el plazo previsto por el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, por lo que está bien apreciada la prescripción”.

Trasladando las consideraciones jurídicas que se contienen en los pronunciamientos judiciales transcritos en el fundamento anterior en relación con los propios hechos contenidos en la sentencia apelada, la consecuencia no puede ser otra que la de considerar prescrita la acción para reclamar por responsabilidad patrimonial de la Administración.

Así, el nacimiento del hijo de los apelados, en parto gemelar, tuvo lugar el 14 de junio de 1999. En el informe de alta del Servicio de Pediatría del Hospital ya se contiene el juicio clínico del que el nacido presentó sufrimiento fetal agudo, membrana hialina grado III, ictericia fisiológica, sepsis por *Cándida Albicans*, hemorragia intracerebral grado I e hidrocefalia moderada secundaria. En otro informe médico de fecha 6 de marzo de 2000, de especialista en Pediatría y Neurología se detalla como patología del menor la siguiente: encefalopatía hipóxico-isquémica perinatal; paresia cerebral espástica (tetraparesia); microcefalia límite y crisis parcial compleja. En dictamen de 29 de marzo de 2000 por neurocirujano se diagnostica epilepsia multifocal y en informe conjunto de 26 de julio de 2000 de psiquiatra y oftalmólogo se hace referencia a trastorno visual severo, remitiendo informe a la ONCE para posible afiliación.

Con los citados dictámenes médicos se advierte que los padres del menor ya tenían un cabal conocimiento de las patologías que sufría su hijo desde, en el mejor de los casos para el ejercicio de su acción indemnizatoria, desde el 26 de julio de 2000. La prueba de ello es

que en el acuerdo de reconocimiento de minusvalía en grado 88% de fecha 1 de agosto de 2000, se refiere retraso madurativo por parálisis cerebral mixta de etiología sufrimiento fetal perinatal y tretraparesia por parálisis cerebral mixta de etiología sufrimiento fetal perinatal. El que con fecha 15 de febrero de 2002 se emitiera nueva resolución incrementando el grado de minusvalía al 96% y que se añadiese la pérdida de agudeza visual binocular grave por trastorno refracción y acomodación de etiología sufrimiento fetal perinatal no es si no hacer mención de una dolencia que ya se recogía en el informe conjunto de 26 de julio de 2000 y que sirve precisamente de base, entre otros dictámenes, para la revisión del porcentaje de minusvalía y donde se refiere como diagnóstico: hipermetropía bilateral y retraso madurativo visual severo de etiología neurooftalmológica, con ambliopía profunda bilateral y oftalmoparesia supranuclear. Por lo tanto, los apelados ya conocían desde esta última fecha el alcance de las secuelas de su hijo y que derivan del sufrimiento fetal en el parto e infección subsiguiente y la formulación de la reclamación de responsabilidad el 14 de febrero de 2003 determina que hubiera transcurrido el plazo de un año que el legislador ha querido considerar adecuado para los supuestos de reclamación por daños contra la Administración Pública. De aquí que este Tribunal deba necesariamente considerar prescrito el derecho a reclamar en aplicación obligada de lo dispuesto en el art. 142.5 de la Ley 30/92 con la consiguiente estimación del recurso de apelación.

No se aprecian circunstancias que justifiquen la imposición de las costas originadas en esta segunda instancia a alguna de las partes.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación nº 254/2010 interpuesto por el **SERVICIO ANDALUZ DE SALUD** y la entidad revocamos la sentencia referida en el antecedente de hecho primero de la presente resolución y desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 611/2004 seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Sevilla e interpuesto por los apelados contra la denegación presunta por silencio administrativo de la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial con motivo de las patologías que sufre desde su nacimiento el menor, hijo de los demandantes, sin condena en costas a ninguna de las partes en esta apelación.

*(St. de 7 de junio de 2011. Sala de Sevilla Ponente Vázquez García)*

## XVIII. PERSONAL

Concurso oposición. Interpretación de como valorar las dos fases del proceso selectivo en cuanto a su valor en la decisión. Revisión de la discrecionalidad. Conceptos jurídicos indeterminados.

Dictada resolución expresa desestimatoria del recurso de alzada se alega por el recurrente que concurre causa de nulidad de la misma por cuestión de orden público procesal, cual es, la infracción del artículo 13.2 c) de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC, al disponer que “En ningún caso podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a: “c).- La resolución de los recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto del recurso”, circunstancia de identidad que se da en el caso de que tratamos toda vez que la Resolución de 25-7-2006 por la que se hace pública la relación definitiva de aprobados es dictada por el Secretario General para la Administración Pública, el mismo que por delegación firma resuelve en sentido desestimatorio el recurso de alzada interpuesto contra dicha relación, con lo que concurre causa de nulidad afectante exclusivamente a la resolución expresa con la consecuencia de que el citado recurso se haya de entender desestimado por silencio, siendo entonces el acto presunto desestimatorio de la alzada al que se ha de referir la revisión a ejercer en esta vía jurisdiccional.

Dicho lo anterior y examinando los distintos motivos de impugnación que se articulan invocando determinadas Bases o apartados de la Convocatoria, se ha de traer a colación inicialmente lo dispuesto en el artículo 33.1 de la LJCA, en cuya virtud, los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos en que fundamenten el recurso y la oposición, precepto que, estableciendo una doble sujeción, (pretensión/motivos), determina que ninguna consecuencia pueda presentar en la resolución del presente recurso la invocada vulneración del apartado I de la Base Tercera sobre proporción de puntuación que le ha de corresponder a la fase de oposición, (55%), y a la de concurso,(45%), por cuanto que lo solicitado en la demanda es la anulación del acto a los fines de que se reconozca el derecho de la actora a la baremación de sus méritos acreditados en relación con la Base Tercera 3.2.c), sin que se articule pretensión alguna *dirigida* a la modificación de la puntuación que se le otorgara a otros participantes, ni, en particular, a los que cita en la demanda al alegar el incumplimiento por parte de la Comisión de los referidos porcentajes.

Y es más, aún cuando se hubiese formulado el oportuno pedimento, este no resultaría acogido dado que, como ya se ha pronunciado esta Sala en Sentencias anteriores, no asiste la razón al recurrente al formular tal motivo de impugnación. Al respecto, valga tener por reproducida la Sentencia nº 3776/2011 dictada en el recurso 1922/2006 que, sobre tal extremo dice así:

“Señala la recurrente en su escrito de demanda que se ha vulnerado lo dispuesto en la Base Tercera, apartado 1, de la Convocatoria al otorgar a algunos aspirantes, en la nota de la parte de concurso, un porcentaje mayor del 45 % respecto del total de su nota. Pues bien, cabe partir para dar respuesta a este motivo, de que las Bases establecen que *“La fase de oposición supondrá el 55% del total del sistema selectivo, y la fase de concurso el 45%”*; lo que se articula de la siguiente manera: *“La calificación final no podrá superar los 200 puntos y vendrá determinada por la suma de la puntuación obtenida en la fase de oposición y en la fase de concurso”*. Así pues, en escrupuloso cumplimiento de la Base transcrita la Comisión ha sumado las notas de las fases de oposición y concurso de cada aspirante para obtener su nota final. Pretende el actor que se mantenga siempre la proporción de 55/45, pero esto sólo sería posible si el cálculo de la nota final se hiciera de la siguientes manera: multiplicando por 0,55 la nota de oposición y multiplicando por 0,45 la nota de concurso, regla que en absoluto se encuentra prevista en las Bases de la Convocatoria, las cuales prevén, como se ha visto, que la calificación final viene determinada por la “suma” de la puntuación obtenida en las dos fases. Equivocadamente se ha entendido por la parte recurrente que la nota final de cada aspirante tiene que mantener la proporción antedicha, cuando lo único que dispone la Base Tercera es que, sobre una base de 200 puntos, un máximo de 110 corresponderán a la nota de oposición, y un máximo de 90 lo harán a la nota de concurso, garantizando de esta forma que únicamente con la nota de concurso no pueda aprobarse. Por lo tanto, la Comisión no ha hecho sino atenerse al contenido de las Bases, Bases que, según reza el viejo axioma, constituyen la ley del concurso, y con las que la actora significó su conformidad al no recurrirlas.”

Es por tanto la actuación de la Comisión de Selección en la aplicación de dicho apartado 3.2.c) de la Base Tercera lo que constituye el objeto del enjuiciamiento, delimitado por los concretos motivos planteados por la actora y respecto de los que se han de realizar las siguientes consideraciones:

1<sup>a</sup>).- En cuanto al Curso denominado “El Paciente Geriátrico y su Entorno Psicosocial, (folio 26 del expediente administrativo), se in-

forma por la Comisión de Selección, (folio 18), que dicho Curso solo se certifica por el Secretario del Sindicato Independiente de Cádiz y, por tanto, fuera del marco de del Acuerdo de Formación Continua, determinándose también por el Director General de la Función Pública, (folio 42), que dicha Organización Sindical no está incluida dentro de dicho Acuerdo.

Pues bien, examinando el correspondiente Certificado resulta que lo que consta a través del mismo es que el Curso está organizado por el citado Sindicato, y, también, por “la Administración Pública, a través de la Escuela de Servicios Sanitarios y Sociales del Gobierno de Canarias (E.S.S.S. CAN), y la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias”, de manera que si el apartado 3.2.c) contempla el mérito consistente en Cursos organizados por “cualquier Administración Pública”, no existe razón para su no valoración, siendo de advertir además que conforme a la Ley 1/1993 de creación de dicha Escuela esta constituye un ente público con personalidad propia. Por tanto y al amparo del apartado 3.2.c), párrafo primero, de la Base Tercera, dicho Curso, de 250 horas lectivas, ha de ser valorado a razón de 0,50 puntos por cada 20 horas lectivas.

2ª).- Cursos denominados “Drogadicción”, “Sida, plan de cuidado y tratamiento”, “Curso práctico de apoyo psicológico en situaciones de emergencia”, “Curso intensivo de Neuropsicología clínica” y “Microsoft Office 2000”, se informa por la Comisión de Selección que no están directamente relacionados con el temario, requisito exigido en virtud del apartado 3.2.c) de la Base Tercera.

Al respecto, se ha de señalar que cuando la actuación administrativa se incardina en el seno de los conceptos jurídicos indeterminados, (en este caso, relación directa), ha de ser adoptada una sola solución y esta debe acomodarse a los parámetros preestablecidos genéricamente de forma imprecisa por la norma, de modo que cabe diferenciar en este acomodo unos extremos que con toda claridad se integran en el supuesto, otros que no y, por último, otro grupo en el que reina la duda, la incertidumbre, de manera que será en este donde, si se trata de conocimientos técnicos, tenga cabida la denominada discrecionalidad técnica. (Sentencia de 23-11-2009 dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso 101/2008, EDJ 2009/373187). Se trata, en definitiva, de la aplicación de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos que permitan decidir sobre la procedencia del cómputo del mérito alegado en el apartado de que tratamos, lo que supone un control de equi-

valencia que, como declara la Sentencia de 4-1-2006 dictada por la Sección T de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en recurso 1187/2000, (EDJ 2006/1905), entraña un juicio de discrecionalidad técnica que escapa a los conocimientos propios de los órganos administrativos ordinarios o jurisdiccionales y, por esta razón, se habrá de estar al informe que al respecto se emita por el Órgano técnico competente, (en este caso la Comisión de Selección y la Dirección General de la Función Pública), al tratarse de un órgano caracterizado por la cualificación y la imparcialidad de sus componentes, debiendo otorgarse un singular valor a sus dictámenes mientras no se haya demostrado, como aquí sucede, su inequívoco error; pues, los informes técnicos que la Administración puede recabar para el ejercicio de la potestad discrecional, (esto es, para solventar el llamado “halo o zona de incertidumbre”), gozan de presunción iuris tantum de veracidad, situación esta reconocida jurisprudencialmente y que conlleva la reducción de las posibilidades de control, que, prácticamente, quedan limitadas al caso de inobservancia de los elementos reglados -cuando estos existan- y el del error ostensible o manifiesto, dejándose fuera de ese control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador.

Si a lo anterior se añade la circunstancia de que “A la Comisión de selección le corresponde el desarrollo y calificación del proceso selectivo”, (Base Sexta, apartado 1), y que, además, “La Comisión de selección resolverá todas las dudas que pudieran surgir en la aplicación de estas bases”, (Base Sexta, apartado 10), resulta que los meros argumentos que se articulan por la parte actora, impugnando la decisión de no valoración de los precitados Cursos, no pueden justificar ni la revocación de lo decidido por la Comisión ni que se ordene la baremación de méritos conforme a lo suplicado en la demanda. Es a la Comisión a quien compete determinar el presupuesto que ha de darse para que sea apreciable la relación directa, y, en concreto, si la vinculación con el Temario ha de ser predicable respecto de la totalidad del Programa del Curso de que se trate o de una parte del mismo y cuál ha de ser esta, siendo de advertir que en el caso de que tratamos no existe tal identidad entre los enunciados que permita afirmar, sin necesidad de consideración de índole técnica, que la relación directa se da.

3<sup>a</sup>).- La matriculación en un Centro Privado para la preparación de acceso a pruebas selectivas no es equiparable a la realización de Cursos organizados o impartidos por Centros Privados, de manera que

ningún reparo puede oponerse a la decisión de no valoración al amparo del apartado 3.2.c) de la Base Tercera.

4ª).- Por último, significar que la petición de indemnización de daños y perjuicios no puede ser acogida en el presente procedimiento por cuanto que las consecuencias de la estimación parcial solo quedarán determinadas tras la fase de ejecución de Sentencia y una vez que por la Administración, otorgada a la actora la valoración que se ordena, se determine su inclusión o no en la lista de aprobados y, en su caso, el lugar que en la misma ha de ocupar, siendo entonces cuando podrá ejercitarse la acción de resarcimiento que se tenga por conveniente.

Por todo lo anteriormente expuesto el presente recurso ha de ser parcialmente estimado, sin que a tenor del artículo 139 LJCA de la LJCA haya lugar a efectuar pronunciamiento respecto de las costas procesales que se hubiesen causado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, esta Sala, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por la Constitución, dicta el siguiente

**FALLO:** ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora... en nombre y representación de D... y declaramos el derecho de la recurrente a que le sea valorado el Curso denominado “El Paciente Geriátrico y su Entorno Psicosocial en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Tercero que antecede, sumándole la puntuación a la ya reconocida y con las consecuencias que correspondan en cuanto a su inclusión en la lista definitiva de aprobados, en la que, en su caso, deberá ser colocada en el orden que corresponda con reconocimiento de efectos económicos y administrativos desde la fecha en que debió serlo. Sin expresa imposición de las costas procesales que se hubiesen causado.

*(St. de 26 de marzo de 2012. Sala de Granada. Ponente M<sup>a</sup> del Mar Jiménez Morena)*

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Cuantía en el recurso contencioso (a efectos de apelación) de demoliciones.

**PRIMERO.-** El razonamiento del referido auto es que la sentencia no es recurrible en apelación por haberse dictado en asunto de cuantía inferior a 18,000 euros, conforme a lo establecido en el art. 8). La) de la Ley Jurisdiccional, determinando su importe el Decreto del Se-

cretario del Juzgado de 3 de abril de 201 I atendiendo a) presupuesto de demolición de lo construido, ascendente a 16210.37euros. Pues bien, en supuestos como este ha señalado la jurisprudencia que la cuantía litigiosa es determinadle por el valor económico de la pretensión, conforme ilustra el artículo 41.1 de la LJCA. y viene dada por el valor de las construcciones cuya orden de demolición se impone al recurrente, más el impone de los gastos de demolición y consiguiente reposición del terreno a su estado inicial (en este sentido, a título de ejemplo. STS de 24 de mayo de 2011 que cita a su vez el ATS de 2diciembre de 2010). Por consiguiente, sobrepasando el valor de las viviendas y el coste de su demolición el referido límite legal, se debe estimar el recurso de queja.

No procede pronunciamiento sobre costas procesales (ex art 139 L.J.).

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

*(St. de 15 de febrero de 2012. Sala de Sevilla. Ponente Valpuesta Bermúdez)*



# CRÓNICA PARLAMENTARIA



# Crónica Parlamentaria

## El Programa del Gobierno de coalición

El resultado de las elecciones celebradas el 25 de marzo supuso un cambio apreciable respecto de anteriores convocatorias electorales, por más que no llegaran a producirse las hondas transformaciones que, tozudamente, habían coincidido en vaticinar prácticamente todas las encuestas. De un lado, como reconocería al principio de su intervención en la sesión de investidura el candidato a la presidencia, “por primera vez, desde el comienzo de nuestra autonomía andaluza, la fuerza pública más votada no ha sido el partido socialista”. En efecto, del total de ciento nueve escaños a cubrir, cincuenta fueron los obtenidos por el Partido Popular, por cuarenta y siete del PSOE y doce de izquierda Unida. Pero, de otra parte, la victoria electoral del partido popular no fue lo suficientemente holgada para alcanzar la mayoría absoluta de los escaños y, en consecuencia, salvo la improbable reproducción de la experiencia extremeña, el paso al ejecutivo presumiblemente le sería bloqueado por la mayoría de izquierdas. Así fue; el Partido Socialista e Izquierda Unida alcanzaron un acuerdo que, una vez ratificado por el Parlamento, permitió la constitución de un gobierno de coalición<sup>1</sup>. La sesión de investidura del Presidente de la Junta giró, pues, esencialmente en torno al programa gubernamental sellado por ambas fuerzas políticas.

Y muy señaladamente el protagonismo en el debate de investidura recayó —resultaba casi inevitable— en las exigencias derivadas de la disciplina fiscal impuesta en última instancia desde Bruselas. O, más exactamente, en el modo en que las instituciones europeas, aguijadas por Alemania, vienen aplicando en la práctica las exigencias de estabilidad presupuestaria. Esta lectura estricta de la disciplina fiscal, que ciega las vías de un impulso público destinado a la reactivación económica, fue severamente criticada por el candidato, el señor Griñán. Y nada mejor para resaltar las carencias y defectos de esta *lectura alemana* que recurrir a una señera figura de la socialdemocracia alemana, precisamente, a saber, el excanciller Helmut Schmidt:

---

<sup>1</sup> Un gobierno de “coalición frágil”, para distinguirlo de aquellos supuestos en que la coalición entre partidos se sella ya en el momento de presentarse a las elecciones (véase, por ejemplo, Jean-Claude Colliard, *Los regímenes parlamentarios contemporáneos*, Editorial Blume, Barcelona, 1981, págs. 121-123).

“El canciller Schmidt puso el dedo también en la llaga y lo expresó de forma muy clara al decir que los superávits comerciales alemanes son los déficits de los demás. Por eso, la política de ajuste promovida por Alemania es un error. No podemos propagar una extrema deflación, porque sin crecimiento ningún país va a poder sanear sus cuentas. La política económica de la derecha alemana no debe presentarse como modelo y mucho menos como una imposición, sino como una posibilidad entre otras. Una posibilidad que nos permita estudiar esas y otras muchas, porque la insolidaridad europea no es buena para nadie. Tampoco para Alemania. Sin la ayuda de otros países y sin la integración en Europa no habría sido posible el ascenso alemán en la posguerra. “Una Europa alemana ‘–decía Schmidt’– siempre fue un desastre. Una Alemania europea siempre fue un éxito”<sup>2</sup>.

También el rechazo a esta concepción de la disciplina fiscal apareció en diversas ocasiones en las intervenciones del Sr. Valderas, para quien el resultado electoral no habría venido sino a validar otra forma de afrontar la crisis económica: “El 25 de marzo Andalucía dijo no a una salida irracional, insolidaria e injusta de la crisis diseñada por los gobiernos de Madrid y Bruselas, y sí a una salida social de la crisis”<sup>3</sup>. Y apostillaría acto seguido el portavoz del grupo Izquierda Unida: “(...) sólo acataremos por imperativo legal la política de recortes y la política de consolidación fiscal planteada por el Gobierno del Estado, que actúa de manera seguidista con Bruselas, incluso a veces siendo más duros que lo que plantean Merkel y Sarkozy...”<sup>4</sup>.

En resumidas cuentas, a lo largo del debate, se puso de manifiesto las divergencias, no tanto sobre el fondo, como con la intensidad o celeridad que se pretende imprimir en alcanzar la disciplina fiscal. Y, sobre todo, el mensaje subyacente tras las diversas intervenciones del candidato a la presidencia y del líder del grupo Izquierda Unida, Sr. Valderas, fue un reproche a la tesis predominante en Europa de que todo debe sacrificarse en aras del ajuste fiscal, excluyendo por tanto toda posibilidad de reactivar la economía a través de la política de gasto del sector público. A esta dirección apuntó inequívocamente el señor Griñán en su primera intervención en el Pleno el día 2 de mayo: “Hoy toda la política económica parece centrada únicamente en contener el déficit público, sin atender, incluso, a los factores que están provocando este déficit”;

---

<sup>2</sup> DSPA núm. 2, sesión plenaria de 2 de mayo de 2012, pág. 5.

<sup>3</sup> DSPA núm.3, sesión plenaria de 3 de mayo de 2012, pág. 4.

<sup>4</sup> DSPA núm. 3, pág. 5.

y argumentaría más adelante: “Estamos cometiendo dos errores de libro. Uno, que actuamos solo sobre el gasto, cuando el 80% del déficit es consecuencia de la caída de los ingresos. Hay que actuar sobre los ingresos, y, cuando digo esto, no propongo, o al menos no propongo solamente, aumentar la presión fiscal, sino impulsar el crecimiento con políticas de estímulo económico, algo que, aunque ya muy tarde, parece reconocer la Unión Europea e incluso aceptar la democracia cristiana alemana. Y el segundo error es actuar, como se está haciendo, sobre el gasto sin evaluar el impacto que esos recortes tienen sobre la actividad económica. No se es consciente de que esa reducción del gasto público, cualquiera, señorías, cualquiera daña al sector privado. (...) Digámoslo claramente, los mercados nos atacan por el lado del déficit, es verdad, pero nuestro problema es el desempleo y la falta de financiación de la economía, y ni uno ni otro problema se están afrontando con medidas capaces de solucionarlos”<sup>5</sup>.

Y en esta línea abundaría su socio en el gobierno de coalición, el señor Valderas, reflejando en esta pretensión de hallar una salida “social” a la crisis plena sintonía con el candidato a la presidencia de la Junta: “... hemos de comprometernos a poner en marcha otra forma de reequilibrar el déficit público, de generar políticas fiscales que fortalezcan la Hacienda pública eliminando el fraude y la economía sumergida. (...) Yo diría rescatar las líneas principales del Estatuto de Autonomía, artículo 10, con todos sus contenidos, pero especialmente el 156 y el 157, que hablan de cómo construir la economía en nuestra comunidad autónoma con un sello, con un carácter de economía muy social, de economía muy solidaria, y eso tendrá que marcar otras líneas de actuación y otros impulsos que espero que, efectivamente, el Gobierno que vamos a compartir sea y tenga la capacidad y la altura de miras de ponerlo en marcha”<sup>6</sup>.

En puridad, la tesis defendida a ultranza por la Unión Europea se erige sobre un pretendido mal funcionamiento de los postulados keynesianos. Como es sabido, en la lógica de la construcción keynesiana, el recurso al endeudamiento en momentos de recesión no puede producir más que efectos benéficos; se parte de la premisa de que el déficit generado en los momentos de recesión será compensado en las fases expansivas del ciclo económico, aprovechando pre-

---

<sup>5</sup> *DSPA* núm.2, pág. 5.

<sup>6</sup> *DSPA* núm. 3, pág. 6. Y en el turno de dúplica, Valderas insistiría sobre el particular: “yo creo que hay que decirles y leerles a los andaluces sus derechos. En sus derechos está aquello del artículo 10 y de caminar a la sociedad del pleno empleo... en el marco de las políticas de solidaridad, yo quiero poner en valor el artículo 156: ‘Toda la riqueza de la Comunidad Autónoma, en sus distintas formas y manifestaciones, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general’” (*DSPA*, núm. 3 pág. 12).

cisamente los superávits entonces generados en aligerar el peso del endeudamiento global del Estado en cuestión. Pues bien, esto es precisamente lo que —a juicio de los defensores del ajuste fiscal incondicional— parece no haber funcionado en la práctica en la generalidad de los Estados, generándose en consecuencia un déficit a medio y largo plazo (“estructural”). Este resultado, antes que a un defecto inherente a la lógica keynesiana, es imputable al proceso político y al funcionamiento de las instituciones. Además de la obvia y difícilmente resistible tentación, desde el punto de vista electoral, de aumentar el gasto sin recurrir inmediatamente al incremento de la presión impositiva, se han apuntado otras razones que explican el crecimiento desbocado del endeudamiento: la falta de liderazgo en el proceso presupuestario, la existencia de coaliciones gubernamentales débiles —que puede requerir “atender” a los diferentes grupos de interés para mantener la integridad de las mismas—, la tendencia de los gobiernos con escasas perspectivas de éxito electoral de condicionar la política presupuestaria del futuro nuevo gobierno, son algunas de las numerosas razones que suelen mencionarse a este respecto<sup>7</sup>. Así, pues, desde esta perspectiva, resulta inherente a la mayoría de los sistemas políticos un problema de “incongruencia temporal”, a saber, que las decisiones políticas se adopten a menudo por demandas de gasto a corto plazo, que conducen a la relajación de la política fiscal durante los momentos de auge económico y a un persistente sobregasto en las fases bajas del ciclo, con el resultado de una gradual formación de deuda pública. La tendencia en la práctica ha sido, por consiguiente, la generación de mayores y más frecuentes déficits y superávits menos habituales de los que cabía esperar de acuerdo con los principios keynesianos.

Frente a esta concepción rígidamente seguida a instancias de las instituciones europeas se alzó reiteradamente la voz del candidato a la presidencia: “...el pensamiento hoy dominante —razonaría Griñán en su contestación a la intervención de Valderas— no es ni monetarista ni keynesiano: es contable, es un pensamiento estrictamente contable, de contabilidad, porque todo se basa en reducir el déficit público. (...) el control del déficit, la política de control del déficit, es una política que puede ser virtuosa si se sabe hacer, pero que no termina o no puede terminar ahí. (...) Hace ocho años —siete años, seis años...— con el mismo gasto social —es decir, con los mismos derechos sociales—, registrábamos superávit en España y en Andalucía. Se cae la economía, se cae el empleo, caen los ingresos, y a eso no le podemos dar naturaleza estructural, si-

---

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, Frank Bodmer, “The Swiss Debt Brake: How it Works and What can Go Wrong”, *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik* 2006, vol. 142 (3), pág. 308; Lars P. Feld, “Sinnhaftigkeit und Effektivität der deutschen Schuldenbremse”, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 2010 11 (3), págs. 232–233.

no coyuntural, a consecuencia de un ciclo económico. (...) El déficit es un error... ¿Por qué? Porque el déficit cero es absolutamente procíclico, no lucha contra la crisis (...) El déficit cero es lo contrario de la estabilidad. La estabilidad debe ser anticíclica”<sup>8</sup>.

Una vez expuesta la valoración que merece al candidato la política económica y fiscal impulsada desde Europa y el modo en que se está desarrollando por el gobierno central, puso señaladamente el acento en la necesidad de avanzar en la cooperación y el diálogo para superar la situación de crisis. Una pretendida colaboración institucional que no sólo se explicita respecto del gobierno nacional, las entidades locales y los agentes económicos y sociales, sino que se remarca en relación con el grupo parlamentario popular: “... propongo que en esta Cámara busquemos entre todos, entre todos nosotros, puntos de coincidencia en distintos aspectos que, a mi modo de ver, resultan de singular importancia: En primer lugar, diálogo sobre una agenda andaluza por el empleo. Pongámonos de acuerdo en las medidas que podemos impulsar para lograr combatir el paro, y en especial el paro juvenil y el paro de larga duración. En segundo lugar, diálogo sobre el modelo de protección social y su consolidación a corto, medio y largo plazo. Hablaríamos aquí de sanidad, de servicios sociales, de ayuda a la dependencia, de educación... En tercer lugar, diálogo sobre la colaboración institucional y el desarrollo del Estado de las autonomías a partir de una mayor cooperación, sin criminalizar a nadie, sabiendo que a lo mejor hay que adelgazar algo, pero no solo en las comunidades autónomas. Y, en cuarto lugar, diálogo sobre la financiación autonómica y sobre los objetivos de la estabilidad fiscal”<sup>9</sup>.

Aunque, lógicamente, esa oferta dirigida a la –ahora– única fuerza parlamentaria de oposición se enmarca en el terreno previamente deslindado en el pacto de coalición suscrito entre el partido socialista e izquierda Unida: “Un diálogo que, como es obvio –proseguiría el candidato a la presidencia–,... deberemos hacer aquí en el Parlamento, a partir de las aportaciones de cada una de las partes, sin valores entendidos, sin dogmas, sin pensamientos únicos. Las nuestras las vamos a formular a partir de los objetivos y medidas que se recogen en el acuerdo suscrito entre el Partido Socialista e Izquierda Unida–Convocatoria por Andalucía; un acuerdo por Andalucía que es conocido por todas sus señorías, pues hemos dado publicidad a todas y cada una de sus me-

---

<sup>8</sup> *DSPA*, núm. 3, págs. 9–10.

<sup>9</sup> *DSPA*, núm. 2, pág. 7.

didadas. Supone, en esencia, un triple compromiso: un compromiso con el empleo, un compromiso con los derechos sociales y un compromiso con la transparencia”<sup>10</sup>. Y más adelante concretaría con más detalle cuáles son los específicos compromisos a los que se ha llegado con la fuerza política Izquierda Unida. En primer término, abordaría la proyectada política legislativa: “Si resultado elegido Presidente, mi gobierno traerá a este Parlamento veintiocho leyes, para su debate y para su aprobación”, pasando a continuación a señalar los proyectos más destacables, a saber: ley de fiscalidad ecológica; ley contra el fraude fiscal y social; ley de participación ciudadana e institucional; ley de transparencia y acceso a la información; ley integral de agricultura; ley contra el cambio climático; ley de servicios sociales; ley de memoria democrática de Andalucía; ley de espacios protegidos; ley de investigación, desarrollo y aplicación de energías renovables; ley de eficiencia energética de Andalucía. Iniciativas legislativas acordadas en el pacto de coalición que, según desveló el candidato a la Presidencia, se complementaría, de una parte, con la constitución de un grupo de trabajo sobre el alcance de una futura renta básica de ciudadanía y, de otro lado, con las reformas de las leyes de igualdad y contra la violencia de género<sup>11</sup>.

Y una vez acotado el marco de la política legislativa, el candidato, dando un paso más, desggranaría algunas de las medidas acordadas con Izquierda Unida que se pretenden acometer de inmediato: “Y, finalmente, en relación con los compromisos adquiridos en el Acuerdo Político por Andalucía, quiero anunciarles la inmediata puesta en marcha, caso de obtener la investidura de un conjunto de medidas. Con carácter urgente, para ejecutar este mismo año, 2012, aprobaremos un plan de choque contra el desempleo, especialmente para jóvenes y parados de larga duración, dotado con 200 millones de euros, que contemplará un programa en materia forestal con recursos adicionales a las partidas que se destinan a mantenimiento de superficies forestales, reforestación y explotación de montes; un programa de apoyo al empleo en la rehabilitación de viviendas, y la ampliación del Plan de Oportunidades Laborales, con recursos adicionales, para la intervención en edificios correspondientes a colegios públicos. En segundo lugar, ... nos proponemos poner en marcha un plan

---

<sup>10</sup> En su primera intervención en el curso de la sesión de investidura, también el portavoz de Izquierda Unida, señor Valderas, pondría el acento en este último compromiso, pues señaló que el acuerdo suponía “un contrato social con el conjunto de Andalucía y muy especialmente un contrato político... Un contrato que impulse un tiempo de regeneración institucional, de transparencia y de democracia participativa, acabando con el descrédito de la política y con el uso partidista de las instituciones” (*DSPA* núm. 3, pág. 3).

<sup>11</sup> *DSPA*, núm. 2, pág. 10.

de choque para la inclusión social que partirá del desarrollo integral de los sistemas de inclusión, dando prioridad a las oportunidades laborales. Estará dotado, en el horizonte de la legislatura, con al menos 320 millones de euros. Igualmente,... con carácter inmediato, el nuevo Gobierno de Andalucía propondrá una serie de medidas orientadas a fortalecer la transparencia en la gestión pública y en el funcionamiento parlamentario. Abordaremos la reforma del Reglamento del Parlamento para facilitar la constitución de comisiones de investigación y se propondrá un programa de parlamento abierto para la mejora de los mecanismos de participación directa en el ámbito parlamentario”<sup>12</sup>.

Medio ambiente, derechos sociales, democracia participativa constituyen los tres ejes en que pueden sintetizarse el cúmulo de medidas y reformas legislativas en las que se centrará la acción de gobierno en la recién inaugurada IX Legislatura. Ambitos en los que, parece palmario, mayor margen de coincidencia existía *ab initio* entre los signatarios del gobierno de coalición<sup>13</sup>. Ello no quiere decir, naturalmente, que no existan ocasionales divergencias o diferencias de matiz entre ambas fuerzas políticas, que en algunos contados supuestos se abrieron paso en el curso de la sesión de investidura. Así, cabe apreciar en Izquierda Unida una concepción más amplia y una defensa más contundente de la democracia participativa: “...hay que gobernar con el conjunto de la sociedad –afirmaría Valderas– (...) nosotros sentimos que somos representantes... en nuestro programa político de una serie de organizaciones... Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, COAG, UPA, CEPES, ATTAC, FACUA, FIARE, Greenpeace, Nueva Cultura del Agua... se trata de ‘gobernar con’, pero yo creo que se trata de algo más, de ser capaces de cogobernar, de ser capaces de ir trasladando al pueblo una parte de la necesaria decisión de gobierno en nuestra comunidad autónoma o de compartir directamente en las decisiones el gobierno de la comunidad autónoma”<sup>14</sup>. E, incluso, en alguna intervención del señor Valderas se desvelaría alguna propuesta de Izquierda Unida que no se incorporaría al programa de coalición, pero a la que no renunciaban reintroducir a lo largo de la legislatura: “Lo del banco público de

<sup>12</sup> *DSPA*, núm. 2, pág. 11.

<sup>13</sup> Aunque en opinión del portavoz del grupo parlamentario popular, Sr. Arenas, en el programa de gobierno había dejado más hondamente reflejada su impronta Izquierda Unida: “... nosotros vamos a votar en contra en esta sesión de investidura. Y vamos a votar en contra en la sesión de investidura porque el candidato es el mismo, el programa –cortito, por cierto, lo que hemos conocido en la Cámara–, el programa es el mismo. La única novedad es la bicefalía. Desde luego, se ha acercado mucho más el señor Griñán al señor Valderas que el señor Valderas al señor Griñán” (*DSPA*, núm. 3, pág. 24).

<sup>14</sup> *DSPA*, núm. 3, pág. 13.

tierra lo discutiremos, lo hablaremos, lo veremos. No está en el acuerdo, pero creo que, en el marco de la Ley Integral Agraria, se pueden resolver elementos de esas características que muchos agricultores, jornaleros desean y que creo que nosotros no podemos negarles...”<sup>15</sup>.

En cualquier caso, sea cuales fueren los puntos de separación o fricciones que pudieran surgir entre los socios de la coalición durante su negociación, lo cierto es que el candidato a la presidencia de la Junta, el señor Griñán, se cuidó de poner de manifiesto la satisfacción por el acuerdo alcanzado: “Yo tengo que agradecer hoy, y hacerlo públicamente, a Rosalía Martín, a José Luis Centella, a José Antonio Castro, también a usted, señor Jiménez Díaz, a María del Mar Moreno, a Susana Díaz, a Antonio Ávila, el excelente trabajo que han hecho para construir entre todos ustedes un programa sólido, un programa de unidad, un programa coherente y un programa que de esa estabilidad política, tan necesaria, sobre todo, en una situación como la que estamos viviendo”<sup>16</sup>.

El portavoz del grupo parlamentario popular, Sr. Arenas, advertiría en sus intervenciones de las consecuencias negativas que cabía esperar del pacto del partido socialista con Izquierda Unida, a la vista de las experiencias similares tenidas al respecto en épocas recientes: “... no creemos en el modelo del PSOE e IU... Es un modelo que conocemos en Andalucía. Lo conocen los vecinos de la ciudad de Sevilla, lo conocen los vecinos de la ciudad de Córdoba, lo conocen los vecinos de la ciudad de Jaén, lo conocemos también... en España, en comunidades autónomas. Aquí vamos a tener un bipartito, en Cataluña tuvimos un tripartito. Se van a parecer mucho. Ahí estuvieron las consecuencias económicas: un rotundo fracaso, ¿no?”<sup>17</sup>. Un rechazo de la fórmula de gobierno de coalición entre las fuerzas de izquierda tanto más contundente cuanto que el partido popular había sugerido generosamente otras vías para asegurar la estabilidad gubernamental: “Señor Griñán, pensando en el interés general de Andalucía, le ofrecí un acuerdo de gobernabilidad, apartando cualquier aspiración personal, por legítima que fuera. Y le quiero decir que esa oferta que le hice nace de la convicción. A esa propuesta que hizo el Partido Popular, ustedes contestaron desde la cortesía, hay que reconocerlo, pero desde luego sin prestarle la más mínima atención. Creo que se han equivocado; ahora bien, el tiempo dará o quitará razones. En mi opinión, en estos momentos se necesitan grandes acuerdos”. En consecuencia, proseguiría el Sr.

---

<sup>15</sup> *DSPA*, núm. 3, págs. 13-14.

<sup>16</sup> *DSPA*, núm. 3, pág. 21.

<sup>17</sup> *DSPA*, núm. 3, pág. 27.

Arenas, al rechazar este ofrecimiento, los socialistas “han renunciado a la centralidad. Usted, señor candidato, señor Griñán, marcaba cada quince días, debate a debate, una distancia infranqueable entre su confesada socialdemocracia y el marxismo de Izquierda Unida. Lo hacía cada quince días. Pues bien, para mantenerse en la Presidencia, en horas veinticuatro saltaron las barreras y taparon sus distancias”<sup>18</sup>.

Reproches que serían de inmediato contestados por el candidato a la presidencia, para quien el pacto con Izquierda Unida resultaba la única opción coherente con el resultado electoral: “El pacto es consustancial a las democracias parlamentarias... Usted cuenta con cincuenta escaños, y créame, ni mi grupo ni el de Izquierda Unida seríamos leales a los mandatos de las urnas si sumáramos nuestros votos a los que usted tiene. No lo seríamos. No es que fuera ilegítimo, es que no sería razonable ni se entendería por la ciudadanía”<sup>19</sup>.

Dado que el acuerdo entre los partidos de izquierda parecía desde el principio el escenario más probable en ausencia de mayoría absoluta de ninguna fuerza política, mayor calado parecen tener otras objeciones que el Sr. Arenas dirigió contra el programa de coalición presentado por el candidato a la Cámara. En un momento en el que está en cuestión la eficiencia y el excesivo coste de la actual configuración del Estado de las Autonomías, de tal suerte que se está explorando desde el gobierno central y diversos gobiernos autonómicos posibles reformas destinadas a mejorar su funcionamiento, es lo cierto que entre las iniciativas legislativas y medidas configuradoras del programa de coalición no destacan precisamente las relativas a esta cuestión esencial. Y este flanco débil fue, al menos parcialmente, aprovechado por el líder del grupo parlamentario popular: “Y hace falta una gran ausente en todo su discurso: la reforma de la Administración. En su primer discurso de investidura prometió menos Administración periférica, no le he oído nada sobre esto. Alguna vez han presentado enmiendas a la Cámara diciendo que los directores generales fueran funcionarios,... Hace falta reducir altos cargos, también lo han dicho muchas veces. Ese asunto no lo hemos conocido en este debate y es imprescindible para el futuro de Andalucía”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> *DSPA*, núm. 3, pág. 24.

<sup>19</sup> *DSPA*, núm. 3, pág. 29.

<sup>20</sup> *DSPA*, núm. 3, pág. 26.

Ahora bien, más allá de las posibles ausencias en el debate sobre la reforma de la Administración autonómica, hay otra laguna –a mi juicio más sensible– en la exposición del programa de gobierno por parte del candidato en la investidura, a saber, el modo en que durante la legislatura se van a abordar las relaciones entre la Junta de Andalucía y los gobiernos locales. Un asunto que habitualmente ha concitado la atención en los debates de investidura, y cuya ausencia en esta ocasión es tanto más sentida cuanto que la reordenación del régimen local parece un punto inesquivable de las reformas pergeñadas por el gobierno central en orden a mejorar la eficacia y eficiencia del Estado autonómico.

En efecto, uno de los principales objetivos del “Programa Nacional de Reformas de 2012” elaborado por el Gobierno central reside en la “modernización y racionalización de las Administraciones públicas”. Y en este contexto de reformas, desde el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se está impulsando una modificación de la Ley de Bases, que, siquiera en una fase aún muy inicial, parece proyectarse a una doble línea de reformas. De una parte, clarificar el ámbito de competencias propias municipales, mediante la fijación de un listado cerrado de competencias a las que se ceñirá la obligación de financiación por parte del Estado. De otro lado, racionalizar el sistema de prestación de los servicios locales, de tal suerte que su desempeño se encomiende a la institución que pueda gestionarlos de la forma más eficiente. Y puesto que hay ayuntamientos que carecen de la necesaria capacidad de gestión, se propugna una “reordenación municipal”, esto es, la puesta en marcha de un proceso –en principio voluntario– de fusión, integración o agrupación de municipios. Finalmente, como clave de bóveda del sistema, allá donde se detecten deficiencias en el adecuado ejercicio de las competencias municipales, habrán de ser los entes locales intermedios los que suplan tales carencias proporcionando un nivel adecuado de prestación de los servicios a todos los ciudadanos. En suma, de concretarse este impulso reformador, las diputaciones provinciales verán fortalecida su posición, tanto institucional como financiera, en el seno del Estado autonómico; aunque lógicamente habrán de afrontar el reto de proceder a la pertinente adaptación de su organización a fin de proveer a los ayuntamientos de servicios públicos cualificados y de calidad.

Y, en principio, parece de justicia reconocer que Andalucía está en mejores condiciones de adaptarse a este nuevo escenario que las restantes Comunidades Autónomas pluriprovinciales. No debe soslayarse a este respecto que la Ley de Autonomía Local de Andalucía –haciendo suya la filosofía del *Libro Blanco* (2005), elaborado en el MAP bajo la dirección de Manuel Zafra– sentó ya las bases para la modernización de las diputaciones y su adecuada articulación

con los municipios, apostando decididamente por atribuirles como principal función la de garantizar el ejercicio de las competencias municipales. Son las provincias, en cuanto integrantes de “una sola comunidad política local”, las que velan por que la prestación de los servicios sea una realidad también en los municipios de menor población o de insuficiente capacidad económica y de gestión. En esto, la LAULA es perfectamente conciliable con las propuestas sugeridas por el gobierno central. Aunque difícilmente podrían no coincidir ambos niveles de gobierno: apenas cabe imaginar otra alternativa destinada a asegurar la igualdad de los ciudadanos en la prestación de los servicios que, al tiempo, evite solapamientos o duplicidades entre diferentes administraciones y, por tanto, impida la generación de más gasto. Las líneas jurídicas maestras conformadoras de las diputaciones provinciales del siglo XXI ya existen, pues, en nuestra Comunidad Autónoma desde la aprobación de la LAULA. Resta, sin embargo, que el Gobierno andaluz estimule y apoye a las diputaciones para que aprovechen las enormes posibilidades de mejora abiertas en este ámbito por el Parlamento de Andalucía.

Pero es precisamente el desarrollo efectivo de la LAULA en este extremo, esto es, en el robustecimiento de la posición institucional de las Diputaciones Provinciales, el que no parece quedar plenamente asegurado en el nuevo gobierno de coalición; circunstancia que tal vez explique el absoluto silencio del programa en relación con el nivel local de gobierno. Cabe recordar que en el aún reciente proceso de reforma estatutaria, junto al partido andalucista, el grupo parlamentario Izquierda Unida propugnó abiertamente la práctica sustitución de las Diputaciones Provinciales por las comarcas. En efecto, frente a la Proposición de reforma estatutaria, que mantenía en términos muy similares a los del primer Estatuto tanto la regulación de las Diputaciones provinciales como la de las comarcas, el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Los Verdes defendería algunas propuestas cuya adecuación al marco constitucional –para decirlo en términos suaves– resultaba cuando menos problemática.

Así, de una parte, dicho grupo parlamentario pretendió suprimir las provincias en cuanto entidad local, tal y como se desprende de la redacción alternativa que propuso al párrafo primero del art. 80 de la Proposición de reforma estatutaria: “Andalucía se estructura territorialmente en municipios y comarcas, sin perjuicio de la existencia de las provincias esencialmente como división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado”. Pese a la calculada ambigüedad del adverbio “esencialmente”, parece evidente que el tenor literal del precepto implicaba prácticamente la supresión de la provincia de la estructura territorial de Andalucía, con el subsiguientemente quebrantamiento de la estructura territorial diseñada en el Título VIII de la

Constitución, que contempla a la provincia como una entidad dotada de autonomía. Así se desprende, por lo demás, de la concepción que defendía en punto a las competencias de las comarcas, que claramente vendrían a usurpar el tradicional ámbito competencial propio provincial: “La comarca –apuntaba la propuesta de Izquierda Unida– es el ámbito territorial específico del gobierno intermunicipal y de cooperación local. Le corresponde la gestión de competencias y servicios intermunicipales, y de los que les encomienden los respectivos ayuntamientos o delegue la Comunidad Autónoma”. Naturalmente, el práctico vaciamiento competencial de las provincias –que sólo se mantendrían como un simple nombre– es una eventualidad vetada por el texto constitucional, como el Tribunal Constitucional tuvo ya ocasión de señalar en una de sus primeras decisiones a propósito de las Diputaciones catalanas.

Mientras que, de otro lado, el Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes pretendió extender a las comarcas la garantía constitucional de la autonomía local: “Se garantiza la autonomía política y administrativa de municipios y comarcas, de acuerdo con lo establecido en la Constitución, el Estatuto y la Carta Europea de la Autonomía Local”. Pero, obviamente, esta sugerencia ignoraba que el alcance y sentido de las garantías constitucionales no está a disposición de la normativa infraconstitucional; ni siquiera, claro está, del estatuyente. Y, como es sabido, la garantía constitucional de la autonomía local sólo se proyecta a los entes locales constitucionalmente necesarios, esto es, municipios y provincias, resultando las restantes entidades locales que puedan constituirse “entes de creación legal”, que, en consecuencia, no reciben más protección jurídica que la que pueda brindarle la normativa infraconstitucional.

Como es sabido, finalmente el estatuyente andaluz supo sustraerse a la tentación –a la que cedieron otros estatuyentes– de potenciar otros gobiernos locales intermedios (fundamentalmente, comarcas), los cuales están inevitablemente abocados a concurrir con las provincias en su tradicional función de asistencia y cooperación municipal. Nuevos entes locales intermedios –y este es un dato a menudo silenciado por sus defensores– cuyos gastos recaen únicamente sobre los ciudadanos de las respectivas Comunidades Autónomas, ya que el Estado sólo está obligado a contribuir a la suficiencia financiera de los

entes constitucionalmente necesarios, a saber, municipios y provincias. Y la LAULA, como hemos apuntado líneas arriba, no ha venido sino a subrayar el papel central que juega la provincia en la estructura territorial de Andalucía, en cuanto garante de la adecuada prestación de los servicios locales en todos los municipios. El nuevo gobierno de coalición abre el interrogante de si se seguirá esta línea o si, por el contrario, el control de Izquierda Unida de la Consejería competente en la materia conducirá a otra fórmula de articulación del nivel local de gobierno en Andalucía.

Manuel Medina Guerrero



# DOCUMENTOS Y CRÓNICAS



# **Envases comerciales y productos alternativos: consideraciones jurídicas en torno a la proble- mática de las bolsas de un solo uso y reutiliza- bles a la luz de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados**

*Víctor M. Moralo Iza  
Jiménez de Parga Abogados*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. BOLSA COMERCIAL Y CONCEPTO DE PRODUCTO TANGIBLE. 1. Producto tangible. 2. Ciclo de vida del producto tangible. A. Concepción y diseño. 2.2.2. Realización. 2.2.3. Aprovechamiento. III. BOLSA COMERCIAL Y CONCEPTO DE ENVASE. 1. Antecedente normativo. 2. Criterio para el concepto de envase. 3. Criterio en la jurisprudencia comunitaria. 4. Criterio en el Derecho comparado. 5. Criterio en la legislación española. A. Concepto de envasador y comerciante. B. Obligaciones y exenciones. IV. CONCLUSIONES.

## RESUMEN

En el presente trabajo se plantea la tesis de que sólo se pueden considerar envase jurídicamente las bolsas suministradas por los comercios y superficies comerciales para desempeñar la función propia de un envase. Se llega a la conclusión de que sólo las bolsas comerciales de un solo uso, cualquiera que sea el material de las mismas, se pueden entregar por los comercios y superficies comerciales para desempeñar la función propia de un envase, pues sólo estas son concebidas y diseñadas para ser exclusivamente llenadas en el punto de venta y transportar las mercaderías adquiridas por el consumidor al lugar de consumo, pudiendo desecharse después por carecer ya de valor. Por tanto, sólo a estas bolsas comerciales de un solo uso les sería de aplicación el régimen jurídico específico previsto para los residuos de envases.

Palabras clave: Bolsas comerciales de un solo uso, bolsas reutilizables, envase, residuo de envase, sistema colectivo de gestión de residuos, sistema de depósito, devolución y retorno.

## ABSTRACT

In this work it is introduced the thesis that only bags provided by shops and commercial areas for carrying out the main role of a container can be legally considered as a container. We can come to the conclusion that only single use commercial bags, whatever they are made of, can be handed in by shops and commercial areas in order to carry out a container's own role, since only these are exclusively conceived and designed for being filled at the shop and transport the acquired goods by the consumer to the consuming point, after which they are likely to be discarded since they have no more value. Therefore, the specific legal regime provided for container disposal can only be applied to these single use commercial bags.

Key words: Single use commercial bags, reusable bags, container, container waste, collective system of waste management, deposit system, refund and return

## I. INTRODUCCIÓN

Las bolsas comerciales de un solo uso, especialmente de plástico no biodegradable, han experimentado un fuerte crecimiento en España y en el resto de Europa, porque tienen un reducido coste y ofrecen una gran resistencia para el transporte de mercaderías. Pero una vez utilizadas (“*un solo uso*”) acaban en las plantas de tratamiento de residuos y en vertederos, y en muchas ocasiones son abandonadas en el entorno, por lo que suponen un impacto ambiental muy grave.

Debe tenerse en cuenta que las bolsas comerciales de un solo uso, tienen la consideración de envases, en la medida en que es un producto de uso que acompaña a productos de consumo en el punto de venta para ser llenado por el consumidor y transportarlos al lugar de consumo, no teniendo valor alguno aparte del valor de estos productos. No es ajeno al ciclo de vida de los productos que contiene y transporta, sino que su destino es servirles en la fase de manipulación y transporte previa a la fase de consumo. Por ello, es de aplicación el régimen jurídico obligacional previsto en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Es más, el Reglamento de 1998 de desarrollo de la Ley considera que, a los efectos de las bolsas de un solo uso, el envasador es el titular del comercio que suministra o entrega dichas bolsas al consumidor o usuario final, sin perjuicio de que voluntariamente pueda acordarse de que sean los fabricantes, adquirentes intracomunitarios o importadores de dichas bolsas quienes aporten a los Sistemas Integrados de Gestión las cantidades establecidas para su financiación.

El Plan Nacional Integrado de Residuos (PNIR) presentado en noviembre de 2007, recogía como una de sus finalidades la reducción del consumo de envases, en particular de bolsas comerciales de un solo uso cara a la prevención de los residuos. Se fijaron dos objetivos relacionados con las bolsas comerciales de un solo uso: la disminución del 50 % a partir de 2009 y la prohibición de las bolsas de plástico de un solo uso no biodegradables no más tarde de 2010<sup>2</sup>. Actualmente habrá que estar a lo previsto en el nuevo calendario de sustitución que establece la Disposición Adicional Segunda de la Ley 22/2011, de 29 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados<sup>3</sup>.

## II. BOLSA COMERCIAL Y CONCEPTO DE PRODUCTO TANGIBLE

Con el fin de alcanzar los objetivos de reducción de las bolsas comerciales de un solo uso, los operadores afectados (productores, comerciantes y asociaciones de comerciantes y distribuidores) plantearon la progresiva sustitución de las mismas por otro tipo de producto. A este espíritu de colaboración ha respondido la nueva Ley de Residuos y Suelos Contaminados de 2011, al prever en su Disposición Adicional Segunda, la creación de un grupo de trabajo específico en el seno de la nueva Comisión de Coordinación en materia de residuos para el estudio de nuevas propuestas de prevención y gestión<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino. Documento para el debate de la Jornada sobre Residuos: Reducción y sustitución de las bolsas comerciales de un solo uso. 23 de junio de 2009.

<sup>3</sup> Una vez estudiadas y analizadas las alegaciones al PNIR presentadas en el periodo de consulta pública, los objetivos en materia de bolsas comerciales de un solo uso que se incluyeron en el Plan Nacional Integrado de Residuos 2008–2015, aprobado en Consejo de Ministros el 26 de diciembre de 2008, fueron la disminución del 50 % a partir de 2010 y el calendario de sustitución de plásticos no biodegradables y prohibición progresiva en vigor en 2010. Ahora la Disposición Adicional Segunda de la Ley 22/2011, de 29 de julio, establece el nuevo calendario: “3. Se establece el siguiente calendario de sustitución de bolsas comerciales de un solo uso de plástico no biodegradable, tomando como referencia la estimación de las puestas en el mercado en 2007:

*Antes de 2013 sustitución del 60% de las bolsas;*

*Antes de 2015 sustitución del 70% de las Bolsas;*

*Antes de 2016 sustitución del 80% de las bolsas;*

*En 2018 sustitución de la totalidad de las bolsas, con excepción de las que se usen para contener pescados, carnes u otros alimentos perecederos, para las que se establece una moratoria que será revisada a la vista de las alternativas disponibles. La puesta en mercado de estas bolsas con posterioridad a la fecha mencionada será sancionada en los términos previstos en el artículo 47.1.c”.*

<sup>4</sup> La Ley 22/2011, de 29 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, prevé la creación de una Comisión de Coordinación en materia de residuos como órgano de cooperación técnica y colaboración entre las distintas administraciones, integrada por representantes de la Administración General del Estado (de los departamentos ministeriales con competencia en esta materia), de las Comunidades Autónomas

En la actualidad se ha planteado la entrega y comercialización de bolsas, bolsos y productos análogos diseñados para contener y transportar cualquier tipo de mercancía, objetos o bienes, al igual que los carritos de la compra o que las tradicionales cestas, fabricados con materiales resistentes que permitan un ciclo de vida duradero y un uso para múltiples funciones, dotando del máximo valor al producto de forma que se adquiera no sólo para transportar mercaderías desde su punto de venta al lugar de consumo<sup>5</sup>. Para analizar la naturaleza jurídica de estas nuevas bolsas se hace indispensable el previo estudio del concepto de producto y del concepto de envase<sup>6</sup>.

### 1. Producto tangible

Podemos entender “producto” como todo aquello que se obtiene de un proceso de producción. Desde una acepción mercantil sería producto todo aquello que “*tiene un valor de compraventa, que tiene como finalidad una transacción mercantil y es consecuencia de un proceso de desarrollo o elaboración intelectual o física*”. El producto mercantil puede ser tangible (se trataría de un bien, cosa tangible que existe en la naturaleza o que es el resultado de una actividad humana) o intangible (se trataría de un servicio, una actividad que produce una utilidad).

Para que un objeto o bien pueda considerarse producto deben cumplirse dos condiciones esenciales. Debe de haber sufrido un proceso de elaboración. Este proceso se iniciará siempre con una idea de una persona que le aporta originalidad, materializándose en un diseño propio con objeto de responder a una finalidad concreta. Debe tener un fin mercantil. Debe ser objeto de compra, venta o compraventa<sup>7</sup>.

---

y de las Entidades Locales. Vid artículo 13 de la Ley. Dentro de esa Comisión de Coordinación, se prevé la creación de un Grupo de Trabajo específico para tratar la cuestión de las bolsas comerciales de un solo uso como envases y la gestión del residuo (Apartado 4 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley).

<sup>5</sup> En cualquier caso, estos productos debemos incardinarlos en las medidas de prevención que se deben adoptar para sustituir e ir eliminando las bolsas comerciales de un solo uso entregadas a los consumidores para el transporte de mercancías, no por ello deben tener la consideración de envases.

<sup>6</sup> Sobre el estado de la cuestión antes de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, vid: “La clave: concienciación del consumidor en el valor de las bolsas”, de ACES; y “La prevención de las Bolsas de Plástico en Cataluña”. Agència de Residus de Catalunya. Departament de Medi Ambient i Habitatget. Ambas en la Jornada sobre Residuos Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino. Madrid, 23 de junio de 2009.

<sup>7</sup> De lo que resulta que no todo material tangible puede considerarse producto, puesto que para ello debe reunir dos requisitos, haber sufrido un proceso de elaboración y ser objeto de transacciones mercantiles.

Las características propias de los productos tangibles dependen a su vez de las características de los materiales utilizados en su proceso de elaboración. Atendiendo a ello, los productos pueden ser retornables o generar residuos. Toda actividad de utilización de materiales siempre genera residuos. Serán los residuos aquellos materiales no deseados y no valorados por quien los produce<sup>8</sup>. Por otra parte, hemos de tener claro que en el tráfico mercantil, es el cliente quien valora aquello que el proveedor ofrece. Así pues, el proveedor será responsable del coste del producto que presenta a su cliente, siendo el cliente quien otorga o no valor a lo presentado. El valor será el precio máximo que alguien está dispuesto a pagar por el producto.

En el caso que nos ocupa, los bolsos y demás productos análogos que con igual finalidad se comercializan para la sustitución de las bolsas comerciales de un solo uso de plástico, pueden considerarse productos tangibles en la medida en que hayan sido objeto de un proceso de elaboración físico-intelectual (para una finalidad concreta), tenga un fin mercantil (objeto de venta), y tenga un valor para el cliente porque lo pueda utilizar durante su vida útil para el fin para el que lo compró. Dicho producto se convertirá en residuo cuando el cliente o consumidor del mismo lo considere un material no deseado y sin valor; es decir, conforme a lo que establecía el artículo 3 a) de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, y actualmente el artículo 3 a) de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados<sup>9</sup>.

## 2. Ciclo de vida del producto tangible

Dicho lo anterior, se hace necesario abordar el ciclo de la vida de los productos tangibles con el fin de poder incardinarlo o no en los bienes materiales objeto del presente informe. Pues bien, el ciclo de vida de los productos tangibles consta de cuatro fases muy distintas: Concepción y diseño, realización, aprovechamiento y recuperación<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> En tal sentido es esclarecedora la definición que de residuos da el artículo 3.a) de la nueva Ley 22/2011, de 28 de julio de Residuos y Suelos Contaminado: *“cualquier sustancia u objeto que su poseedor deseche o tenga la intención o la obligación de desechar”*.

<sup>9</sup> El artículo 3, a) prevé que a los efectos de la nueva Ley se entenderá por “Residuo comerciales” los “residuos generados por la actividad propia del comercio, al por mayor o al por menor, de los servicios de restauración y bares, de las oficinas y de los mercados, así como del resto del sector de servicios”.

<sup>10</sup> Vid. Rodely Castellanos Ruiz: “Pensamiento, Herramientas y Acción del Estratega” en <http://www.eumed.net/libros/2008a/235>. Vid también [www.monografias.com/trabajos17/ciclo-vida-producto.shtml](http://www.monografias.com/trabajos17/ciclo-vida-producto.shtml).

### A. Concepción y diseño.

Esta fase comienza con la idea inicial que da lugar al producto en cuestión y responde a una necesidad o a una demanda expresada por el mercado. Forman parte de esta fase todas las actividades de estudio y viabilidad del producto, así como las propias actividades de diseño y desarrollo de la idea inicial. Su objetivo no es otro que disponer de la especificación completa del producto para poder iniciar su fabricación, distribución y comercialización. Esta especificación conforma un producto genérico y se manifiesta mediante una descripción y unas especificaciones que se resumen en su Código o Referencia.

En el caso de las bolsas, bolsos, carritos u otros productos reutilizables que con igual finalidad se pretenden comercializar, la idea originaria responde a una demanda ambiental de la sociedad y del mercado de sustituir las bolsas comerciales de un solo uso *“diseñadas y destinados a ser llenados en el punto de venta”*, para lo cual ha sido necesario una previa actividad de estudio y viabilidad del nuevo producto<sup>11</sup>.

### B. Realización.

Este ciclo comprende todas las actividades de aproximación del producto al mercado. Hemos de diferenciar las actividades que añaden valor al nuevo producto (fabricación, comercialización y distribución) de las actividades que no añaden valor (almacenamiento y control). El conjunto de estas actividades nos van a llevar al final a la obtención de los productos individualizados que se ponen a disposición del mercado para aprovecharlos. Esta fase consiste en materializar un producto genérico en productos individuales que estarán dotados de una identificación individual o colectiva que los personaliza como individuos dentro del producto genérico al que pertenecen<sup>12</sup>. Por tanto, así como el *“Código”* es el resumen de un producto genérico, el *“número de serie”* o *“número de lote”* es el número personal que resume o compendia del producto individual. De lo que

---

<sup>11</sup> Resulta patente que en la fase de concepción y diseño se ha concebido un producto que sirve para satisfacer necesidades concretas de los clientes. Se ofrecen al cliente características y especificidades propias que le garantiza usar esos bolsos, bolsas, carritos u objetos similares para transportar la compra, para llevar objetos personales, para utilizarlo como bolsos auxiliares en viajes o con meros fines de ocio. En la fase de concepción y diseño se idea, por tanto, un producto con valor para el cliente pues satisface además su particular necesidad de llevar o transportar cosas de un lugar a otro, al tiempo que se da respuesta a la demanda ambiental de eliminar las bolsas comerciales de un solo uso (de plástico) que exige la sociedad. Pero sólo generando ese valor alguien estará dispuesto a pagar un precio por el nuevo producto.

<sup>12</sup> Cuando esta identificación es individual será *“número de serie”*, cuando es colectiva será *“número de lote”*.

resulta clara la necesidad de que los bolsos y demás productos que con igual finalidad se comercializan en el mercado, identifiquen correctamente el “Código” correspondiente del producto genérico, y con el correspondiente “número de serie” o “número de lote”, para que pueda considerarse como tal producto<sup>13</sup>.

Pero para poder manipular, transportar o consumir los “productos fabricados”, en todos los casos es necesario “envolverlos” con otros materiales llamados “de acondicionamiento”<sup>14</sup>. En esta categoría encajaría el envase, entendido como producto de uso que acompaña o contiene necesariamente un producto de consumo, y es necesario durante la fase de aprovechamiento, hasta el total consumo de dicho producto. Según esta definición de envase, la bolsa comercial de un solo uso sería envase, en la medida en que es un “producto de uso” que acompaña a los “productos de consumo” en los puntos de venta al público, para ser usado por el consumidor final que lo necesita para el transporte y manipulación por éstos. Se trataría de un envase secundario según el artículo 3.1 b) de la Directiva 94/62/CE, de Envases y Residuos de Envases.

### C. Aprovechamiento.

En esta fase del ciclo de la vida el producto desempeña la función de mercado para la que se destinó en la fase de concepción y diseño. En el caso de bolsas, bolsos, carritos u otros productos reutilizables que se comercializan como alternativa a la bolsa comercial de un solo uso, no han sido diseñados y destinados por el productor para desempeñar una función de envase<sup>15</sup>, pudiendo

---

<sup>13</sup> La transformación es una de las actividades que más valor añadido generan al producto, por el hecho de transformar unos materiales de que tienen escaso o nulo valor para el mercado en otros que sí tienen valor para dicho mercado. La fabricación del producto consistirá en la transformación sustancial de unos materiales en otros generando el “producto terminado o fabricado”.

<sup>14</sup> A esta categoría de producto pertenecen claramente los envases. Para diferenciarlos de los productos fabricados a los que sirven, se les denomina “producto de acondicionamiento”. Resulta clara la naturaleza y la diferencia entre los “productos tangibles” en sí, fabricados y acondicionados, y los “productos de acondicionamiento o acompañamiento”. Serían productos tangibles: aquellos que tienen valor por sí mismos, el mercado los demande por sí mismos y no por aquellos que necesariamente o convenientemente deben acompañarlos. Serían productos de acompañamiento o acondicionamiento: aquellos productos de uso que deben o es conveniente que acompañen a los anteriores productos en alguna de las fases de su ciclo de vida, especialmente en su manipulación, transporte, comercialización o consumo. Dentro de estos productos de acondicionamiento estarían los envases y los embalajes.

<sup>15</sup> Es decir, su finalidad o aprovechamiento no es el ser llenados de “productos de consumo” en los puntos de venta al público por el consumidor final de los mismos, para luego ser inmediatamente desechados por éste. En la medida en que por su concepción y diseño se destinan por el consumidor o cliente a satisfacer principalmente otras necesidades después de su compra como transportar bienes y productos, ya sean de uso, de consumo u objetos personales desde distintos puntos y lugares, tales objetos podrían considerarse productos en sí mismos, productos de uso.

considerase “*productos de uso*”. Son productos de uso aquellos que, al final de su aprovechamiento, el residuo generado es el mismo producto en sí (conservando en muchos casos su número de serie), aunque desgastado por el uso. En el supuesto de bolsos y demás productos análogos que se comercializan en sustitución de las bolas comerciales de un solo uso, los materiales de fabricación permiten su uso para múltiples funciones y un ciclo de vida duradero, dependiendo del nivel de desgaste de cada material<sup>16</sup>.

Con independencia de su valor (que dependerá en buena parte del diseño, del material, de su nivel de desgaste, etc), todo producto de uso produce una utilidad, es decir, es útil mientras es utilizado para su cometido y es inútil mientras no se utiliza para el fin que fue creado. En el supuesto de los bolsos y demás productos análogos objeto de este informe, podemos afirmar que serán útiles cuando se utilicen para transportar de un lugar a otro los objetos que decida el cliente transportar atendiendo a las especificidades del bolso/bolsa que adquirió para ello<sup>17</sup>.

### III. BOLSA COMERCIAL Y CONCEPTO DE ENVASE

#### 1. Antecedente normativo

Hemos definido el envase en el apartado anterior desde una perspectiva técnica como un producto de acompañamiento o acondicionamiento de otros productos de consumo. Así, el envase sería todo producto de uso que acompaña o contiene necesariamente un producto de consumo, y es necesario durante la fase de aprovechamiento, hasta el total consumo de dicho producto. Llegados a este punto, se hace necesario examinar el concepto jurídico de envase que da la normativa vigente.

La primera norma que debemos examinar es la Directiva 94/62/CE, de 20 de diciembre, relativa a los Envases y Residuos de Envases. Dicha norma tiene por objeto, de una parte, armonizar las medidas nacionales sobre gestión de envases y residuos de envases para prevenir o reducir su impacto sobre el medio ambiente de todos los Estados miembros así como de países terceros, y ase-

---

<sup>16</sup> Es perfectamente predicable, al igual que del resto de productos de uso, el concepto de valor, coste y utilidad.

<sup>17</sup> Es el carácter multifuncional, su concepción, diseño y fabricación lo que permiten un ciclo de vida propio del producto y lo que da verdadera utilidad y valor a los mismos, siendo adquiridos por el consumidor por ello.

gurar de esta forma un alto nivel de protección del medio ambiente; y de otra, garantizar el funcionamiento del mercado interior y evitar los obstáculos comerciales, así como falseamientos y restricciones de la competencia dentro de la Comunidad<sup>18</sup>.

La Directiva se aplica a todos los envases puestos en el mercado en la Comunidad y a todos los residuos de envases, independientemente de que se usen o produzcan en la industria, comercio, oficinas, establecimientos comerciales, hogares o en cualquier otro sitio, y con independencia de los materiales utilizados. Evidentemente los envases pueden ser productos (de acondicionamiento) del mismo material que un producto (fabricado y acondicionado) en sí mismo, estribando la diferencia en su concepción, diseño, valor, finalidad y utilidad.

A estos efectos resulta crucial el concepto jurídico de envase, siendo definido en el artículo 3.1 de la Directiva como: *“todo producto fabricado con cualquier material de cualquier naturaleza que se utilice para contener, proteger, manipular, distribuir y presentar mercancías, desde materias primas hasta artículos acabados, y desde el fabricante hasta el usuario o el consumidor. Se considerarán también envases todos los artículos «desechables» utilizados con este mismo fin”*<sup>19</sup>.

## 2. Criterio para el concepto de envase

En el concepto definido por la Directiva se advierte un elemento teleológico, una finalidad intrínseca a todo envase que es la de ser utilizado como producto de acondicionamiento. Se trataría de un objeto destinado desde su concepción y diseño a *contener* mercancías o productos, a *proteger* dichas mercancías o productos, a *facilitar su manipulación, distribución o transporte, desde el fabricante has-*

---

<sup>18</sup> Vid Serrano Lozano, R: “Envases y Residuos de Envases”, en “Diccionario de Derecho Ambiental”. Directores: Alonso García, E y Lozano Cutanda, B. Ed. Iustel. Madrid, 2006. Pp 582.

<sup>19</sup> Dentro de la definición anterior se integran los envases de venta o primarios, los envases colectivos o secundarios y los envases de transporte o secundarios:

*“a) envase de venta o envase primario: todo envase diseñado para constituir en el punto de venta una unidad de venta destinada al consumidor o usuario final;*

*b) envase colectivo o envase secundario: todo envase diseñado para constituir en el punto de venta una agrupación de un número determinado de unidades de venta, tanto si va a ser vendido como tal al usuario o consumidor final, como si se utiliza únicamente como medio para reaprovisionar los anaqueles en el punto de venta; puede separarse del producto sin afectar a las características del mismo;*

*c) envase de transporte o envase terciario: todo envase diseñado para facilitar la manipulación y el transporte de varias unidades de venta o de varios envases colectivos con objeto de evitar su manipulación física y los daños inherentes al transporte.”*

ta el consumidor, desde el comercio hasta el lugar de consumo. Y ello, con independencia de que sea una unidad de venta junto al producto acondicionado, si se puede separar y vender como envase colectivo al consumidor, o si se concibió para facilitar la manipulación y transporte de varias unidades de venta o de varios envases colectivos. Lo verdaderamente importante son los elementos sistemáticos y teleológico que introduce la norma comunitaria para determinar si verdaderamente nos encontramos o no ante un envase.

No obstante, la Directiva 2004/12/CE, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE ha pretendido aclarar la definición a través de los criterios que se señalan, citando una serie de ejemplos ilustrativos de aplicación de los mismos y que figuran en el Anexo I de la nueva Directiva. La Directiva 2004/12CE señala como Segundo Criterio: que desempeñen la función de envase<sup>20</sup>. Evidentemente, este nuevo criterio que introduce la Directiva 2004/12 refuerza aún más el elemento teleológico inherente al concepto de envase, en la medida en que los objetos deben ser diseñados y destinados para ser llenados a condición de que desempeñen la función de envase<sup>21</sup>.

Pues bien, este elemento teleológico no es predicable respecto a muchos bolsos/bolsas y demás productos análogos que se están comercializando en el mercado como medida preventiva para la sustitución de bolsas comerciales de plástico de un solo uso. Muchos de estos nuevos productos, por su concepción, diseño, realización y aprovechamiento, serían ajenos a la función de envase “en sentido estricto”, más bien desempeñarían una función análoga a las cestas de la compra, carritos de la compra, a bolsos de viaje, carteras o utensilios empleados para portar documentos, mochilas de tela, bolsos de piscina o de recreo. Productos todos ellos que no son considerados envases por la normativa.

### 3. Criterio en la jurisprudencia comunitaria

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido ocasión de pronunciarse en torno al concepto legal de envases, nos referimos en concreto

---

<sup>20</sup> Literalmente: “ii) se considerarán envases los artículos diseñados y destinados a ser llenados en el punto de venta y los artículos desechables vendidos llenos o diseñados y destinados al llenado en el punto de venta, a condición de que desempeñen la función de envase”.

<sup>21</sup> Conforme a este criterio, serán envases las bolsas de papel o de plástico, los vasos o platos desechables, las bolsitas de bocadillos. Todos estos son productos que por su diseño y destino están llamados a desempeñar la función de envase, de producto de acondicionamiento o acompañamiento de bienes de consumo.

al Asunto C-341/01, resuelto por la Sentencia de 29 de abril de 2004<sup>22</sup>. Lo primero que nos recuerda el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es que, conforme al artículo 3, número 1, de la Directiva, por envase se considera cualquier producto que cumpla los requisitos que fija la norma. Por una parte, debe de tratarse de un producto diseñado para contener, proteger, manipular y presentar mercancías desde el fabricante hasta el usuario o consumidor. Por otra parte, también se considerarán envases todos los artículos desechables utilizados con el mismo fin. Advierte también el Tribunal que la enumeración de las posibles funciones de envase que define el artículo 3 no es cumulativa.

En el supuesto de hecho que se plantea –las bolas de plástico que se ponen a disposición de los clientes en los comercios para que estos lleven en ellas las mercancías–, la función del envase sería la de contener y facilitar el transporte de mercancías o unidades de venta desde el fabricante (comercio) hasta el consumidor (lugar de consumo), función para la que se concibe y diseña el producto en cuestión. Así se manifiesta literalmente el Tribunal cuando dice que las bolsas de plástico se destinan a contener la mercancía adquirida y facilitar su transporte hasta el lugar de consumo desechándose después vacías o conteniendo residuos<sup>23</sup>.

Este concepto jurisprudencial hemos de relacionarlo necesariamente con el Segundo Criterio de interpretación que introduce la Directiva 2004/12CE, y que refuerza aún más el elemento teleológico inherente al concepto de envase como ya hemos manifestado: “*se considerarán envases los artículos diseñados y destinados a ser llenados en el punto de venta y los artículos desechables vendidos llenos o diseñados y destinados al llenado en el punto de venta, a condición de que desempeñen la función de envase.*”

---

<sup>22</sup> Dicha sentencia viene a resolver las distintas cuestiones prejudiciales plantadas por el Landesgericht Korneuburg sobre la interpretación del artículo 3.1 de la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a envases y residuos de envases. Mediante la primera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional nacional pregunta esencialmente si las bolas de plástico con asas que se ponen a disposición de los clientes en los comercios para que estos lleven en ellas las mercancías adquiridas son envases en el sentido de la Directiva 94/62 y si tiene relevancia el hecho de que sea el propio cliente el que adquiere la bolsa o que el comercio se la entregue y la llene sin que aquél lo solicite y sin cobrarle una cantidad adicional.

<sup>23</sup> Dice textualmente la sentencia: “52. *En el presente asunto, las bolsas de plástico con asas entregadas a un cliente en una tienda se destinan a contener las mercancías adquiridas por éste, a proteger dichas mercancías y a facilitar su transporte desde el comercio hasta el lugar de consumo. Están concebidas para facilitar, en particular, el transporte de varias unidades de venta con objeto de evitar su manipulación física y los daños inherentes a su transporte. Tras su utilización estas bolsas normalmente se desechan, vacías o conteniendo residuos.*”

53. *Hay que reconocer que las bolsas de plástico con asas que se entregan a los clientes en un comercio cumplen los dos requisitos exigidos por el artículo 3, número 1, de la Directiva 94/62. Por consiguiente, están, en principio, incluidas en la definición del concepto de «envase» contenido en el artículo 3, número 1, de dichas Directiva.*”

Evidentemente, en el supuesto de las bolsas de plástico con asas entregadas por el comercio al cliente se cumple fielmente con el elemento teleológico previsto por la Directiva para el concepto de envase, pues se trata de un artículo destinado al llenado en el punto de venta para facilitar el transporte “*desde el fabricante hasta el consumidor*”. Al tratarse de bolsas de un solo uso (el de envase), tras su utilización como producto de acondicionamiento o acompañamiento de bienes de consumo, se desechan, pues dejan de tener una verdadera utilidad o valor para el consumidor<sup>24</sup>. Por otra parte, no tienen trascendencia jurídica circunstancias accesorias como el hecho de que se compre la bolsa en el comercio o que el vendedor sea quien se la entregue y la llene al cliente. Dichas circunstancias no son parte de los elementos sustantivos ni teleológicos que conforman el concepto legal, siendo indiferente su concurrencia o no a la hora de calificar un producto como envase<sup>25</sup>.

#### 4. Criterio en el Derecho comparado

En Francia el régimen jurídico en materia de eliminación de residuos y recuperación de envases se estableció en el Décret n° 92-377 de 1 de abril de 1992. El Decreto se aplicó a todos los envases procedentes de los hogares, quedando excluidos de su ámbito de aplicación los residuos de envases comerciales e industriales, para lo que se elaboró el Décret n° 94-609, de 13 de julio de 1994. El Decreto de 1992 inicialmente definió los envases como “*toda forma de continentes o soportes destinados a contener un producto, facilitar su transporte o su presentación a la venta*”. Este primer concepto originario en el Derecho comparado europeo describe ya sin margen de duda el elemento teleológico inherente a la propia definición de envase: su destino como producto de acompañamiento del artículo envasado, especialmente en la fase de realización, distribución o entrega propias del ciclo de vida de artículo en cuestión.

---

<sup>24</sup> Podemos considerar, por tanto, que las bolsas de plástico con asas son concebidas y diseñadas desde el principio para desempeñar una función de envase.

<sup>25</sup> En tal sentido se manifiesta el Tribunal: “58. *El hecho de que sea el propio cliente quien compre la bolsa con asas o el vendedor quien se la entregue y la llene, sin que aquél se la haya pedido, y la cuestión de si dicha bolsa se le entrega o no contra el pago de determinada cantidad no tiene ninguna incidencia en esta apreciación. En efecto, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Directiva 94/62, es necesario que los fabricantes y usuarios de bolsas con asas puedan saber si este producto es un envase en el sentido de esta Directiva incluso cuando está vacía, sin que tengan que conocer la manera en que le será entregada al cliente y los eventuales gastos adicionales. Por otra parte, debe destacarse, si hubiera que tener en cuenta estas circunstancias, los operadores económicos podrían intentar fácilmente eludir las obligaciones que se desprenden de dicha Directiva, en particular fijando un precio nominal sobre las citadas bolsas.*”

Por todas las consideraciones anteriores, concluye categóricamente el Tribunal: “59. *Habida cuenta de las consideraciones precedentes procede responder a la primera cuestión que el artículo 3, número 1, de la Directiva 94/62 debe interpretarse en el sentido de que las bolsas de plástico con asas entregadas a los clientes en un comercio gratuitamente o a título oneroso son envases en el sentido de la citada Directiva.*”

Este elemento teleológico se refuerza aún más en la definición de envase (embalaje) dada por el Décret n° 98-638 de 20 juillet 1998, relativo a la toma en consideración de las exigencias derivadas del medio ambiente en el diseño y la fabricación de los envases, que adopta la clasificación tripartita de envases dada por la Directiva 94/62/CE (envase de venta o Primario, envase de grupo o Secundario, envase de transporte o Terciario). El artículo 1 del Décret n° 98-638 establece que están sometidas a las disposiciones del Decreto los envases (embalajes) fabricados para ser vendidos o distribuidos a título gratuito en los punto de venta. El artículo 2 viene a dar una nueva definición de envase (embalaje), entendiendo por tal todo artículo desechable una vez utilizado para contener, manipular y transportar mercaderías<sup>26</sup>. De la definición legal de envase se puede deducir que lo verdaderamente importante para el Derecho francés, a la hora de determinar que un producto es o no envase, no estriba en el material en el que esté fabricado ni el hecho de que se venda o se ponga en el mercado a título gratuito, lo importante es el destino para el que es concebido el producto. Será envase un producto cuando desde su diseño es concebido para contener mercaderías y trasladarlas al consumidor o usuario, desechándose después<sup>27</sup>.

En el caso de Alemania el artículo 14, párrafo 2, de la Ley Federal de Desechos, de 27 de agosto de 1986, facultaba al Gobierno Federal su desarrollo. En ejercicio de esta habilitación tuvo lugar el Reglamento para evitar desechos originados por los envases de 12 de junio de 1991, denominado “Decreto Töpfer”. Dicho Reglamento fue sustituido por el Reglamento relativo a la Prevención y a la Valorización de los Residuos de Envases de 21 de agosto de 1998 (*Verordnung Ubre die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen*), para adoptar la normativa alemana a la Directiva 94/62/CE. Actualmente el concepto legal de envase se define en el artículo 3.1 del Reglamento de 2008 (BGBl

---

<sup>26</sup> El artículo 1 del Décret n° 98-638 establece: “Para la aplicación del presente Decreto se define por envase (embalaje) todo objeto cualquiera que sea la naturaleza de los materiales que lo constituye, destinado a contener y proteger mercaderías, a permitir su manipulación y el traslado del producto al consumidor o al usuario, y a asegurar la presentación de los mismos.

*Todos los artículos “a desechar” utilizados con los mismos fines deben ser considerados como envases (embalajes)”.*

<sup>27</sup> Podemos deducir que el envase es, para el Derecho francés, desde su concepción originaria, un producto de acompañamiento o acondicionamiento de las mercaderías que contiene o traslada. Evidentemente, una bolsa comercial de un solo uso se concibe desde su origen como un producto destinado a acompañar o acondicionar los productos tangibles o mercaderías que se venden en un comercio con objeto de contenerlos y facilitar su traslado por el usuario al lugar de consumo.

2008/539. “*Veordnung Ubre die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen*”)<sup>28</sup>, como producto que se entrega a los distribuidores y a los consumidores finales para recoger y manipular las mercancías, conforme a los criterios de interpretación de su Anexo V. El segundo criterio (criterio B) que para la definición de envase recoge el citado Anexo V –Punto 1. b)– del Reglamento introduce claramente el elemento teleológico descrito por la Directiva 2004/12/CE al referirse expresamente a: “*los artículos que han sido diseñados y destinados a ser llenados en el punto de venta; y los desechables vendidos llenos o que están diseñados y destinados a ser llenados en el punto de venta, siempre que cumplan la función de envase*”. Como ejemplos para la aplicación del Criterio B, el Anexo V cita los siguientes: “*Bolsas de papel o de plástico*”, “*bolsitas para bocadillos*”, “*papel de aluminio*”, “*cubiertos desechables*”. Evidentemente, todos estos productos son por su concepción y por la función productos de acondicionamiento o acompañamiento de bienes de consumo<sup>29</sup>.

En el caso de Austria, el concepto legal de envase se define en el artículo 2 del Reglamento del Ministerio Federal de Medio Ambiente, Juventud y Familia, relativo a la prevención de residuos de envases y de su recuperación (BGBl 1996/648 “*Verpackungsverordnung*”). El punto 1 del artículo 2 establece que “*a los efectos de este Reglamento se considerarán envases los materiales de envase (...). Se entenderá por materiales de envase los productos destinados a cubrir o contener mercancías o bienes para su circulación, almacenamiento, transporte, envío o venta (...)*”. El punto 3 señala que “*se entenderán envases de venta los envases, como (...) bolsas (...) bolsas de asas (...) o envoltorios similares, así como las partes de envases de ventas que empleen los consumidores finales (...) hasta el consumo o el uso de las mercancías o los bienes, especialmente las que con-*

---

<sup>28</sup> El artículo 3.1 del Reglamento de 2008 (BGBl 2008/539. “*Veordnung Ubre die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen*”) define envase como: “*Productos elaborados con cualquier material para la recogida, protección, manipulación, suministro u oferta de mercancías que pueden alcanzar desde materias primas hasta productos procesados y que se pueden entregar desde el fabricante a los distribuidores o consumidores finales. La determinación del concepto para “envases” se apoya además en los criterios mencionados en el anexo V. Los objetos expuestos en el anexo V son además ejemplos para la aplicación de estos criterios*”.

<sup>29</sup> Para el Derecho alemán las bolsas de papel o de plástico de un solo uso, las bolsas de bocadillos o los cubiertos desechables están llamados exclusivamente a ser utilizados por el consumidor final como producto de acondicionamiento de otros productos materiales o de consumo en sí mismos considerados. Todos estos productos, por tanto, han sido diseñados y destinados para cumplir la función de envase. Pero no podríamos decir lo mismo respecto de los bolsos y demás productos análogos fabricados con materiales resistentes, diseñados y concebidos para que el cliente pueda transportar objetos y artículos de un lugar a otro, que se conciben como medida de prevención o productos alternativos a las bolsas comerciales de un solo uso (como tampoco se podría predicar de las cestas de la compra, ni de los carritos de la compra, ni de las bolsas de viaje, ni de los bolsos de playa, ni de muchísimos otros productos tangibles en sí mismos con los que guardan analogía los primeros).

tengan la información sobre el producto o las instrucciones para su uso exigidas por ley”. El punto 5 relativo a envases de entrega, considera como tales “los destinados al transporte y a la venta, como bolsas de asas, (...) las bolsas, (...) o envoltorios similares, que se fabrican de manera uniforme desde el punto de vista técnico y se llenan en los puntos de venta al público”<sup>30</sup>.

## 5. Criterio en la legislación española

Por lo que a nuestro Derecho español, el concepto de residuo viene legalmente definido en la reciente Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, y el concepto de envase en la Ley 11/97, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, en vigor pero con rango reglamentario<sup>31</sup>. La norma española tiene por objeto prevenir y reducir el impacto sobre el medio ambiente de los envases y la gestión de los residuos de envases a lo largo de todo su ciclo de vida. Señala el artículo 1 de la Ley de Envases y Residuos de Envases, que para alcanzar los anteriores objetivos se establecen medidas destinadas, como primera prioridad, a la prevención de la producción de residuos de envases, y en segundo lugar, a la reutilización de los envases, al reciclado y demás formas de valorización de residuos de envases, con la finalidad de evitar o reducir su eliminación.

A este respecto, es preciso recordar que la Directiva 94/62/CE tiene por objeto prevenir y reducir el impacto de los envases y de los residuos de envases en el medio ambiente de los Estados miembros y de países terceros y asegurar de esta forma un nivel elevado de protección del medio ambiente. El excluir las bolsas de plástico con asas del concepto de «envase», contravendría el elemento teleológico inherente a la propia definición legal del mismo, al tiempo que se menoscabaría la consecución de los objetivos de la Directiva 94/62<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> De lo anterior se deduce claramente que las bolsas de plástico o de papel se considerarán envases en la medida en que cumplan los elementos sistemáticos y teleológicos de la norma: se conciben para contener mercancías o bienes facilitando su transporte desde el fabricante hasta el lugar de consumo (por lo que son de un sólo uso), y se destinan para ser llenados en el punto de venta.

<sup>31</sup> La Ley 22/2011, de 29 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados transpone la Directiva 2008/98/CE del Parlamento y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos (“Directiva marco de residuos”), derogando la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos. Pero en materia de residuos de envases, la Disposición Derogatoria Única de la nueva Ley sólo deroga el Capítulo VII de régimen sancionador y la Disposición Adicional Quinta de la Ley 11/97, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, permaneciendo vigentes los restantes preceptos en lo que no se opongan a la nueva Ley aunque con rango reglamentario.

<sup>32</sup> Es innegable que, como señala acertadamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto C-341/01, Sentencia de 29 de abril de 2004, “el amplio uso de bolsas de plástico en la vida co-

La definición legal de envase se recoge en el artículo 2.1 de la Ley 11/1997 (última redacción dada según Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente). Dicho concepto legal ha sido completado o matizado en cuanto a su elemento teleológico, pero no ha tenido que modificarse sustantivamente desde entonces. El concepto legal instaurado en nuestro derecho, sobre todo por el Reglamento de 1998 por el que se desarrolla la Ley de Envases, es un concepto más acabado que el manejado originariamente por la Directiva 94/62/CE, más acorde al concepto de envase actual resultante de los criterios y ejemplos instaurados por la Directiva 2004/12/CE.

El artículo 2.1 de la referida ley define el envase como artículo desechable fabricado y utilizado para contener, manipular y distribuir productos “en cualquier fase de la cadena de fabricación, distribución y consumo”; como artículo diseñado y destinado “a ser llenados en el punto de venta”, como artículos desechables “vendidos llenos” o “diseñados y destinados al llenado en el punto de venta, a condición de que desempeñen la función de envase”<sup>33</sup>. En el concepto de envase definido por la Ley se advierte, al igual que en la normativa europea comparada, el elemento teleológico intrínseco al mismo y que consiste en ser diseñado para su utilización como producto de acondicionamiento de otros productos, bienes o mercancías y, por tanto, desechable por su propia naturaleza una vez cumplida su función. Se trataría de un producto destinado desde su concepción y diseñado para contener mercancías o productos “desde materias primas hasta artículos acabados”, a proteger dichas

---

*tidiana origina un problema medioambiental debido al elevado número de bolsas en circulación y a su larga vida”. De ahí que los agentes económicos implicados busquen soluciones adecuadas para resolver de forma progresiva y efectiva el problema medioambiental. Ésta es la primera finalidad que se persigue al introducir en el mercado bolsos y productos análogos de material resistente, como alternativos y sustitutos de las bolsas de plástico un solo uso.*

<sup>33</sup> Artículo 2.1 de la ley 11/97, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases: “A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entenderá por:

1. *Envase: todo producto fabricado con materiales de cualquier naturaleza y que se utilice para contener, proteger, manipular, distribuir y presentar mercancías, desde materias primas hasta artículos acabados, en cualquier fase de la cadena de fabricación, distribución y consumo. Se consideran también envases todos los artículos desechables utilizados con este mismo fin. Dentro de este concepto se incluyen únicamente los envases de venta o primarios, los envases colectivos o secundarios y los envases de transporte o terciarios.*

*Se considerarán envases los artículos que se ajusten a la definición mencionada anteriormente sin perjuicio de otras funciones que el envase también pueda desempeñar, salvo que el artículo forme parte integrante de un producto y sea necesario para contener, sustentar o preservar dicho producto durante toda su vida útil, y todos sus elementos estén destinados a ser usados, consumidos o eliminados conjuntamente.*

*Se considerarán envases los artículos diseñados y destinados a ser llenados en el punto de venta y los artículos desechables vendidos llenos o diseñados y destinados al llenado en el punto de venta, a condición de que desempeñen la función de envase”.*

mercancías o productos, a facilitar su manipulación, distribución o transporte, “en cualquier fase de la cadena de fabricación, distribución y consumo”, por tanto desde el comercio hasta el lugar de consumo. Queda, por tanto, concretado el fin propio del envase, con independencia del material con que está fabricado, y la naturaleza de tales que tienen las bolsas comerciales de un solo uso.

Lo que es esencial, a nuestro juicio, para diferenciar un envase de un producto tangible, en lo que se refiere a las bolsas comerciales y a otros productos alternativos, no es que por su diseño el artículo en cuestión pueda servir para ser llenado en el punto de venta, sino que el artículo en cuestión desempeñe la función de envase, una función que consiste en contener y facilitar el transporte en cualquier fase de la cadena de fabricación, distribución y consumo de las materas primas o productos acabados que contiene. Difícilmente podemos considerar envase un artículo que desde su concepción y diseño se concibe ajeno a la cadena de fabricación, distribución y consumo de cualquier otro producto tangible o mercancía<sup>34</sup>.

Por su parte, el Real Decreto 782/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 11/1997, concreta aún más el concepto legal de envase en su artículo 2, considerándose incluidos en el mismo las bolsas de un solo uso entregadas o adquiridas en los comercios para el transporte de la mercancía por el consumidor o usuario final, los artículos desechables que se utilizan con el mismo fin que los envases, como por ejemplo, las bandejas, platos, vasos, cubiertos y cualquier otro artículo desechable que se emplee, principalmente en hostelería o restauración, para suministrar el producto y permitir o facilitar su consumo directo o utilización<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Por esta misma razón entendemos que no sería acertado predicar la naturaleza de envase a muchos de los artículos alternativos que se están empezando a comercializar para sustituir a las bolsas comerciales de un solo uso, que se han concebido ajenos a la cadena de fabricación, distribución y consumo de los artículos que pudiera contener en un momento dado.

<sup>35</sup> Artículo 2 del Real Decreto 782/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 11/1997: “A efectos de lo establecido en la Ley 11/1997 y en el presente Reglamento, además de las recogidas en el artículo 2 de aquella, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

1. Envase: En el concepto de envase regulado en el artículo 2.1 de la Ley 11/1997 están incluidas las bolsas de un solo uso entregadas o adquiridas en los comercios para el transporte de la mercancía por el consumidor o usuario final y los artículos desechables que se utilicen con el mismo fin que los envases, como por ejemplo las bandejas, platos, vasos, cubiertos y cualquier otro artículo desechable que se emplee, principalmente en hostelería y restauración, para suministrar el producto y permitir o facilitar su consumo directo o utilización.

No tendrán la consideración de envases los productos señalados en el anexo 1 del presente Reglamento.

(...) 4. Envase de transporte o envase terciario: Todo envase diseñado para facilitar la manipulación y el transporte de varias unidades de venta o de varios envases colectivos, con objeto de evitar su manipulación física y los daños inherentes en el transporte.”

En cuanto al ámbito de aplicación, se establece un régimen de exclusiones al ámbito de aplicación de la normativa de envases y residuos de envases que, sin duda ha contribuido a perfilar más si cabe el concepto jurídico de envase. La exclusión puede venir dada como exención al régimen obligacional impuesto a los envasadores y comerciantes o distribuidores de productos envasados (Disposición Adicional Primera de la Ley<sup>36</sup>); o puede venir dada por no considerar la Ley determinados productos como envases (los productos recogidos en el Anejo I<sup>37</sup>). El Reglamento de 1998 incluye expresamente las “*bolsas de un solo uso*” en el concepto de envase pues resulta evidente que cumplen con el elemento teleológico de la norma, “*la función de envase*” a que se refiere la Ley. Evidentemente, al ser “*entregadas o adquiridas en los comercios para el transporte de la mercancía*” adquirida en dicho comercio “*por el consumidor o usuario final*”, cumple la función de contener y facilitar el transporte de las mercancías o artículos acabados que contiene en la fase de la cadena de distribución y consumo de éstos. El elemento teleológico del envase, que hasta ahora hemos identificando, no es otro que el de desempeñar una función de acompañamiento o acondicionamiento para el producto tangible envasado o mercancía envasada en cualquiera de las fases de su ciclo de vida<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Establece la Disposición Adicional Primera de la Ley (redacción por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social):

“2. Quedan asimismo excluidos del ámbito de aplicación de lo establecido en el artículo 6 “sistema de cobro y devolución”, o en su caso, en la sección II del capítulo IV “sistema integrado de gestión”, los envases reutilizables a los que sea de aplicación lo establecido en las Órdenes ministeriales de 31 de diciembre de 1976 y de 16 de junio de 1979 modificadas por sendas Órdenes ministeriales de 30 de noviembre de 1981, por las que se regulan las garantías obligatorias de envases y embalajes en las ventas de cerveza y bebidas refrescantes y de aguas de bebida envasadas, respectivamente.

Igualmente, quedan excluidos los envases reutilizables no industriales o comerciales para los que los envasadores y comerciantes establezcan sistemas propios de depósito, devolución y retorno, previa autorización de las Comunidades Autónomas en las que se implanten estos sistemas”.

<sup>37</sup> El Reglamento de 1998 en su redacción originario estableció que no tendrían la consideración de envases –por su propia naturaleza y función– y por tanto, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Ley los productos recogidos en el Anejo I:

“Bolsas empleadas para la entrega y recogida de residuos urbanos de origen doméstico. No tienen esta consideración las bolsas de un solo uso entregadas en los comercios para el transporte de la mercancía por el consumidor o usuario final, aunque posteriormente dichas bolsas se utilicen para la entrega de residuos urbanos.

Cestas de la compra.

Envoltorios, entendiéndose por tales los materiales utilizados para envolver un producto, que no acompañan a éste en el momento de su puesta en el mercado, sino que se incorporan al mismo en el momento de su venta al por menor al consumidor final. No se incluirán en el concepto de cesta de la compra y de envoltorio, y tienen, por tanto, la consideración de envases, las bolsas de un solo uso entregadas o adquiridas en los comercios para el transporte de la mercancía por el consumidor o usuario final, señaladas en el primer párrafo del artículo 2.1.

Sobres.

Carteras, portafolios y otros utensilios similares empleados para portar documentos.

Maletas (...)”

<sup>38</sup> Es por ello, como ya hemos manifestado, que resultaría incomprensible calificar jurídicamente co-

En la misma línea que marcó la Directiva 2004/12/CE, el legislador español pretende concretar aún más la definición de envase, a través de criterios interpretativos que refuerzan el elemento teleológico del concepto legal. Esta circunstancia se hace evidente tras la Orden MAM/3624/2006, de 17 de noviembre, por la que se da una nueva redacción al Anejo I del Reglamento de 1998, introduciendo una serie de ejemplos ilustrativos válidos como criterios de interpretación del referido concepto. El Anejo I de “Ejemplos ilustrativos de la interpretación de la definición de envase”, establece literalmente que “*se consideran envases, si han sido diseñados y destinados a ser llenados en el punto de venta*” las “*bolsas de papel o plástico*”, o las “*bolsitas para bocadillos*”.

Del ejemplo interpretativo que nos da la norma podemos deducir que sólo puede ser considerada envase la bolsa o el producto alternativo sustitutivo, cualquiera que fuera el material empleado en su fabricación, cuando por su propia concepción y diseño respondan a la idea de servir de acondicionamiento de los productos de los que se llena en una fase concreta de su ciclo de vida: manipulación y transporte desde el punto de venta al lugar de consumo. Es decir, que responda por su concepción y funcionalidad a la propia de la bolsa comercial de un solo uso. Cualquier otro producto, bolso/bolsa o utensilio similar empleado para portar cualquier tipo de objeto, que no responda al elemento teleológico definido por la norma, difícilmente puede ser calificado jurídicamente como envase.

#### A. Concepto de envasador y comerciante.

Una vez estudiado el concepto de envase de conformidad con los criterios y ejemplos interpretativos establecidos en la normativa vigente, entendemos necesario concretar el concepto de agente económico a los efectos de aplicar el régimen jurídico obligacional previsto en materia de gestión de residuos de envases. El artículo 2 de la Ley 11/197 define los agentes económicos en los puntos 10, 12 y 13 incluyendo tanto a los envasadores como a los comerciantes o

---

mo envase un bolso/bolsa o producto análogo que desde su concepción y diseño resulta ajeno al ciclo de vida de cualquier otro producto tangible. Tal sería también el caso de los productos que expresamente excluye del concepto de envase el Anejo I en su redacción originaria. Nos referimos a las “*bolsas empleadas para la entrega y recogida de residuos urbanos de origen doméstico*”, las “*cestas de la compra*”, los “*envoltorios*”, las “*maletas*”, o las “*carteras*” y otros “*utensilios similares empleados para portar documentos*”. Las bolsas de residuos urbanos son ajenas por su naturaleza, diseño y funcionalidad a los residuos urbanos de naturaleza urbana; las cestas de la compra no desempeñan función alguna en las fases de fabricación, distribución o consumo de los alimentos que portan; lo mismo que los carritos de la compra que deben considerarse producto tangible; las maletas, carteras son también productos tangibles diseñados y destinados a portar otros objetos, siendo por su propia naturaleza y funcionalidad ajenos a cualquier fase del ciclo de vida de los productos que porta. Todos estos productos se excluyen del concepto de envase, en la medida en que no desempeñan una función de envase respecto a los productos, objetos, mercancías o bienes que contienen.

distribuidores<sup>39</sup>. El Reglamento de 1998 define a su vez el concepto de envasador, estableciendo en su artículo 2 que, a efectos de lo establecido en la Ley 11/1997 y en el Reglamento, además de las definiciones recogidas en el artículo 2 de aquélla, se tendrán en cuenta otras especificaciones. Así, en el caso de las bolsas de un sólo uso, se considerará envasador al titular del comercio que suministre o entregue dichas bolsas al consumidor o usuario final.<sup>40</sup>

De lo anterior se deduce que los comercios y las superficies comerciales serán envasadores a los efectos de aplicación del régimen obligacional previsto en la Ley de Envases, en lo que aquí nos concierne, cuando suministren o entreguen, ya sea a título gratuito u oneroso, bolsas de un solo uso a los consumidores o usuarios finales, con independencia del material con que están fabricadas. Entendiendo que estas desempeñan la función de envase, ya sean de papel o de plástico. Estos preceptos son coherentes con el llamado elemento teleológico inherente a la definición de envase, ya que las bolsas que suministra el comerciante son concebidas y diseñadas para el único uso de manipulación y transporte de las mercaderías compradas desde el punto de venta al lugar de consumo.

---

<sup>39</sup> Artículo 2 de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases:

*“10. Agentes económicos: Los fabricantes e importadores, o adquirentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, de materias primas para la fabricación de envases, así como los valorizadores y recicladores.*

*Los fabricantes de envases, los envasadores, y los comerciantes o distribuidores.*

*Los recuperadores de residuos de envases y envases usados.*

*Los consumidores y usuarios.*

*Las Administraciones públicas señaladas en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*12. Envasadores: los agentes económicos dedicados tanto al envasado de productos como a la importación o adquisición en otros Estados miembros de la Unión Europea de productos envasados, para su puesta en el mercado.*

*13. Comerciantes o distribuidores: los agentes económicos dedicados a la distribución, mayorista o minorista, de envases o de productos envasados.*

*A su vez, dentro del concepto de comerciantes, se distingue:*

*Comerciantes o distribuidores de envases: los que realicen transacciones con envases vacíos.*

*Comerciantes o distribuidores de productos envasados: los que comercialicen mercancías envasadas, en cualquiera de las fases de comercialización de los productos.”*

<sup>40</sup> Artículo 2.12 del Real Decreto 782/1998: *Envasador. A los efectos de lo establecido en el artículo 2.12 de la Ley 11/1997, en el supuesto de productos puestos en el mercado mediante marcas de distribución, se considerará envasador a aquel que se presente al público con tal condición poniendo en el envase su nombre, denominación social, marca o código de barras, de tal forma que se le pueda identificar como envasador de forma inequívoca. Cuando en estos productos no se identifique al envasador según lo anteriormente indicado, será responsable del cumplimiento de las obligaciones señaladas en el Capítulo IV de la Ley 11/1997 el titular de la marca de distribución bajo la cual se comercialice el producto.*

*En el caso de las bolsas de un sólo uso contempladas en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo, se considerará envasador al titular del comercio que suministre o entregue dichas bolsas al consumidor o usuario final, sin perjuicio de que*

## B. Obligaciones y exenciones.

A los envasadores, incluidos los comercios que suministren bolsas de un solo uso, cualquiera que sea su material, a los consumidores y usuarios finales, como agentes económicos que son según la Ley de envases y residuos de envases, les será de aplicación el régimen jurídico de obligaciones establecido por la norma especial. Respecto a dicho régimen jurídico, la ley señala en el artículo 6 la obligación de establecer un sistema de Depósito, Devolución y Retorno de los residuos de envases que comercialicen o hubieran distribuido, pudiendo quedar exonerados de la referida obligación cuando participen en un sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados derivados de los productos por ellos comercializados<sup>41</sup>. Ahora bien, los envasadores sólo estarán obligados a aceptar la devolución y retorno de los envases de aquellos productos puestos por ellos en el mercado. Señala el precepto textualmente: “(...) los comerciantes sólo estarán obligados a aceptar la devolución y retorno de los residuos de envases y envases usados de los productos que ellos hubieran distribuido si los hubiesen distinguido o acreditado de forma que puedan ser claramente identificados”.

Por su parte, el artículo 7 establece la posibilidad de exención del régimen obligacional previsto en el artículo anterior, siempre que participen en un Sistema Integrado de Gestión de residuos de envases (SIG,s) que, una vez autorizados por las Comunidades Autónomas, deberán garantizar el cumplimiento de los objetivos de reciclado y valorización mediante la recogida periódica de envases usados y residuos de envases, en el domicilio del consumidor o en sus proximidades<sup>42</sup>.

---

*voluntariamente pueda acordarse que sean los fabricantes, adquirentes intracomunitarios o importadores de dichas bolsas quienes aporten a los sistemas integrados de gestión las cantidades establecidas en el artículo 10.1 de la Ley 11/1997 y de este Reglamento”.*

<sup>41</sup> Establece literalmente el artículo 6.1 de la Ley 11/1997:

*“1. Los envasadores y los comerciantes de productos envasados o, cuando no sea posible identificar a los anteriores, los responsables de la primera puesta en el mercado de los productos envasados, estarán obligados a:*

*Cobrar a sus clientes, hasta el consumidor final y en concepto de depósito, una cantidad individualizada por cada envase que sea objeto de transacción.*

*Aceptar la devolución o retorno de los residuos de envases y envases usados cuyo tipo, formato o marca comercialicen, devolviendo la misma cantidad que haya correspondido cobrar de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior.*

<sup>42</sup> Establece literalmente el artículo 6.1 de la Ley 11/1997: *“1. Los agentes económicos indicados en el apartado 1 del artículo 6 podrán eximirse de las obligaciones reguladas en dicho artículo, cuando participen en un sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados derivados de los productos por ellos comercializados.*

*Estos sistemas integrados de gestión garantizarán, en su ámbito de aplicación, el cumplimiento de los objetivos de reciclado y valorización, en los porcentajes y plazos establecidos en el artículo 5.*

*2. Los sistemas integrados de gestión tendrán como finalidad la recogida periódica de envases usados y residuos de envases, en el domicilio del consumidor o en sus proximidades, se constituirán en virtud de acuerdos adoptados entre los agentes eco-*

No obstante lo anterior, la Ley en su Disposición Adicional Primera establece una excepción al régimen jurídico establecido en los artículo 6 y 7. La Disposición Adicional Primera, tras la redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social, establece que quedan eximidos del régimen establecido en el artículo 6 determinados envases reutilizables dotados de una regulación específica (cervezas, bebidas refrescantes y aguas), así como los envases reutilizables no industriales o comerciales para los que los envasadores y comerciantes establezcan sistemas propios de depósito, devolución y retorno autorizado por la Comunidad Autónoma<sup>43</sup>.

Por tanto, la Ley de Residuos establece como obligación principal para los comercios la de devolución –de la cantidad cobrada en concepto de depósito– y el asumir el retorno de los envases y residuos de envases, eximiéndose de dicha obligación cuando participen en un SIG. También las Comunidades Autónomas pueden autorizar sistemas propios de depósito, devolución y retorno para envases reutilizables comerciales entre envasadores y comerciantes. Ahora bien, una vez sea desechable, el poseedor final de los residuos de envases y envases usados deberán entregarlo a la persona autorizada para su recuperación, reciclado o valorización.

Dicho lo anterior, debemos señalar el nuevo régimen jurídico previsto en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, que incorpora novedades al respecto. Conforme al artículo 30 y ss de la nueva ley de

---

*nómicos que operen en los sectores interesados, con excepción de los consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas y deberán ser autorizados por el órgano competente de cada una de las Comunidades Autónomas en los que se implanten territorialmente, previa audiencia de los consumidores y usuarios (...)*

*3. Los envases incluidos en un sistema integrado de gestión deberán identificarse mediante símbolos acreditativos, idénticos en todo el ámbito territorial de dicho sistema, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales (...)*”

<sup>43</sup> Disposición Adicional Primera: “2. Quedan asimismo excluidos del ámbito de aplicación de lo establecido en el artículo 6 «sistema de cobro y devolución», o en su caso, en la sección II del capítulo IV «sistema integrado de gestión», los envases reutilizables a los que sea de aplicación lo establecido en las Órdenes ministeriales de 31 de diciembre de 1976 y de 16 de junio de 1979 modificadas por sendas Órdenes ministeriales de 30 de noviembre de 1981, por las que se regulan las garantías obligatorias de envases y embalajes en las ventas de cerveza y bebidas refrescantes y de aguas de bebida envasadas, respectivamente.

*Igualmente, quedan excluidos los envases reutilizables no industriales o comerciales para los que los envasadores y comerciantes establezcan sistemas propios de depósito, devolución y retorno, previa autorización de las Comunidades Autónomas en las que se implanten estos sistemas.*

*No obstante, cuando los envases a que hacen referencia los dos párrafos anteriores pierdan la condición de reutilizables y pasen, por tanto, a ser residuos de envases, los envasadores quedarán obligados a entregarlos de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.”*

Residuos y Suelos Contaminados, los proveedores que sean responsables de la puesta en el mercado de productos – debiéndose extenderse también a los envases– que con su uso se conviertan en residuos, podrán participar ya sea de un sistema de depósito, devolución y retorno; de un sistema de gestión individual de los residuos o de un sistema colectivo de gestión (los anteriores SIG's)<sup>44</sup>. Por otra parte, si conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 11/1997, las Comunidades Autónomas podían autorizar la implantación de sistemas de depósito, devolución y retorno establecidos entre envasadores y comerciantes, la nueva Ley de Residuos establece que el establecimiento de estos sistemas se llevará a cabo mediante Real Decreto del Consejo de Ministros<sup>45</sup>.

Llegados a este punto, hemos de manifestar las tesis que parecen mantener los SIG's respecto a las bolsas y demás productos alternativos entregadas en los comercios y superficies comerciales a los consumidores y usuarios finales, con independencia de cuál sea el material compuesto, ya sea de papel, plástico, material reciclado o biodegradable. Aquéllos entienden que las bolsas deben contribuir al Sistema Integrado de Gestión (SIG), salvo que el comerciante establezca un Sistema de Depósito, Devolución y Retorno, debidamente autorizado por la Comunidad Autónoma correspondiente; entienden también que, aunque el comercio cobre una determinada cantidad al consumidor por las referidas bolsas, todas las bolsas deben contribuir al SIG por el precio del material que componga el envase (“papel cartón”, “plástico del material correspondiente” u “otros materiales”), que deben ser identificadas con el logotipo punto verde y, por tanto, deben ser incluidas por la empresa adherida en su “Declaración Anual de Envasados”. Este razonamiento parece centrarse más en los materiales de las bolsas y en la posible reutilización de las mismas que en la verdadera naturaleza y funcionalidad del envase. Por el contrario, entendemos que para determinar la naturaleza jurídica del objeto en cuestión no podemos centrarnos en las características materiales del mismo, sino que debemos atender a la función que desempeña. Las características materiales de un artículo

---

<sup>44</sup> Se articulan los Sistemas de depósito, devolución y retorno como alternativos a los Sistemas colectivos de gestión o SIG's. Se prevé expresamente en el artículo 31.2.d) como sistemas de depósito que garanticen la devolución de las cantidades depositadas y el retorno del producto para su reutilización o del residuo para su tratamiento.

<sup>45</sup> El artículo 31.3 de la Ley 22/2011 prevé que el establecimiento de estos sistemas sea por Real Decreto del Consejo de Ministros y, en el caso de envases y residuos de envases, para su implantación se valore con carácter previo “el grado de cumplimiento de los objetivos mínimos de reutilización y reciclado establecidos por las directivas europeas para envases en general, y el cumplimiento de otras normas de la Unión Europea, así como las expectativas viables de superarlos, y se tendrán en cuenta con especial consideración las circunstancias y posibilidades reales de las pequeñas y medianas empresas”.

simplemente responden a las necesidades del producto detectadas en las distintas fases de su ciclo de vida, que son resueltas para cumplir correctamente con su función como tal producto. Las características materiales sólo son consecuencia de la función del producto y en ningún caso podemos afirmar que tengan trascendencia legal sustantiva. En el caso de los envases, entendemos que es el elemento teleológico lo que legalmente define al producto, no sus características.

Recordemos que el artículo 2 de la Ley 11/1997 de Envases define éstos como *“todo producto fabricado con materiales de cualquier naturaleza y que se utilice para contener, proteger, manipular, distribuir y presentar mercancías, desde materias primas hasta artículos acabados, en cualquier fase de la cadena de fabricación, distribución y consumo”*. Se trata de productos de acompañamiento o acondicionamiento de las mercancías (materias primas o artículos acabados) que contienen. Las bolsas suministradas por los comercios o superficies comerciales serán envases cuando respondan exclusivamente desde su concepción a dicha función de acompañamiento o acondicionamiento de mercancías. Esta es la razón por la que el Anejo I de la Ley de Envases, al fijar los *“ejemplos ilustrativos de la interpretación de la definición de envase”*, establece respecto de las *“Bolsas de papel o plástico suministradas por los comercios”* la consideración de envase. Es la misma razón por la que el artículo 2 del Reglamento de 1998 concreta el concepto de envase señalando que *“están incluidas las bolsas de un solo uso entregadas o adquiridas en los comercios para el transporte de la mercancía por el consumidor o usuario final”*.

En definitiva, sólo las bolsas suministradas para desempeñar la función de envase, podrán considerarse envase. Entendemos que serán suministradas para desempeñar la función de envase sólo las bolsas comerciales de un solo uso, cualquiera que sea el material de las mismas. Entendemos también que serán bolsas de un solo uso, aquéllas concebidas y diseñadas para ser exclusivamente llenadas en el punto de venta y transportar las mercaderías adquiridas por el consumidor al lugar de consumo, pudiendo desecharse después por carecer ya de valor<sup>46</sup>. Esta tesis es la que parece admitir definitivamente el legislador con la redacción dada en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 22/2011, de 29 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, al ordenar que se adopten las medidas necesarias para promover los sistemas más sostenibles de preven-

---

<sup>46</sup> Sobre el particular, parece esclarecedora la definición que el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino diera de este tipo de envases en la Jornada sobre bolsas comerciales, de 23 de junio de 2009, como bolsas comerciales de un solo uso entregadas por los comerciantes al consumidor para el transporte de mercancías. Se fijaba como objetivo de prevención la sustitución de plásticos no biodegradables y prohibición progresiva desde el año 2010.

ción, reducción y gestión de residuos de bolsas comerciales de un solo uso no degradables y sus alternativas<sup>47</sup>, al establecer un calendario de sustitución de las referidas bolsas<sup>48</sup>, fijándose el año 2018 como fecha tope para la sustitución de la totalidad de las bolsas de un solo uso de plástico no biodegradable, y al establecer expresamente que cuando estos envases pasen a ser residuos –*una vez utilizados para su fin de un solo uso*– los poseedores –*el consumidor o usuario final*– deberán entregarlos conforme al sistema establecido en cada caso<sup>49</sup>. Sobre este último particular, el referido a la entrega del poseedor del residuo por el poseedor de la bolsa comercial de un solo uso, también la nueva Ley de Residuos presenta novedades. Como ya señalamos, el artículo 31 de la nueva ley de Residuos y Suelos Contaminados de 2001 prevé que los proveedores que sean responsables de la puesta en el mercado de productos –debiéndose extenderse también a los envases– que con su uso se conviertan en residuos–, podrán participar ya sea de un sistema de depósito, devolución y retorno; de un sistema de gestión individual de los residuos o de un sistema colectivo de gestión (los anteriores SIG's).

---

<sup>47</sup> La obligación de promover los sistemas más sostenibles de prevención, reducción y gestión de los residuos de bolsas comerciales de un solo uso de plástico no biodegradable de debe extender también a sus “alternativas” (Apartado 1 de la Disposición Adicional Segunda). Pero ello no quiere decir que la “alternativa” a la bolsa comercial de un solo uso adquiera por ello naturaleza de “envase”, ya que como hemos visto, puede ser perfectamente un producto tangible utilizado como alternativa y medida de prevención de los residuos de aquéllas. Por otro lado, el calendario de sustitución de este tipo de envases se refiere sólo a las “*bolsas comerciales de un solo uso de plástico no biodegradable*”.

<sup>48</sup> Disposición Adicional Segunda. Sustitución de las bolsas de un solo uso: “(...) 3. *Se establece el siguiente calendario de sustitución de bolsas comerciales de un solo uso de plástico no biodegradable, tomando como referencia la estimación de las puestas en el mercado en 2007:*

*Antes de 2013 sustitución del 60% de las bolsas;*

*Antes de 2015 sustitución del 70% de las Bolsas;*

*Antes de 2016 sustitución del 80% de las bolsas;*

*En 2018 sustitución de la totalidad de las bolsas, con excepción de las que se usen para contener pescados, carnes u otros alimentos perecederos, para las que se establece una moratoria que será revisada a la vista de las alternativas disponibles. La puesta en mercado de estas bolsas con posterioridad a la fecha mencionada será sancionada en los términos previstos en el artículo 47.1.c”.*

<sup>49</sup> Disposición Adicional Segunda. Sustitución de las bolsas de un solo uso: “(...) 5. *Cuando los envases mencionados en esta Disposición pasen a ser residuos de envases sus poseedores deberán entregarlos de acuerdo con los sistemas establecidos en cada caso”.*

#### IV. CONCLUSIONES

Una vez expuesto todo lo anterior, podemos formular las siguientes reflexiones finales:

Primera.— Entendemos que las bolsas comerciales serán envases en la medida en que sean diseñadas y destinadas a ser llenadas en el punto de venta. Es necesario que cumplan desde su concepción originaria con el elemento teleológico previsto en la norma: servir de acondicionamiento de las mercaderías de las que se llena para su manipulación y transporte desde el punto de venta al lugar de consumo. Por ello las “bolsas de un solo uso” se incluyen en el concepto de envase pues resulta evidente que cumplen con el elemento teleológico de la norma: “la función de envase”.

Por el contrario, los bolsos y demás productos alternativos que progresivamente se puedan introducir en el mercado por los comercios y las superficies comerciales para sustituir a las bolsas de plástico de un solo uso, no necesariamente tendrán la consideración de envase comercial, máxime si no se conciben desde su origen como “bolsas de un solo uso” y no responden la finalidad o función de envase prevista en la norma. Se tratará, en todo caso, de nuevos productos que desde su concepción y diseño resultan ajenas al ciclo de vida de cualquier otro del que se puedan llenar. Esto será así, en la medida en que los nuevos productos alternativos tengan un valor de compraventa y como finalidad una transacción mercantil en sí misma, sean consecuencia de un proceso de elaboración intelectual y física que no responda a la finalidad de “un solo uso”. Y ello, con independencia de que con estos nuevos productos los comerciantes y las superficies comerciales contribuyan de forma efectiva a la reducción de los residuos bolsas comerciales de un solo uso.

Segunda.— Lógica consecuencia de lo anterior, será entender que a los residuos de estos nuevos productos, en la medida en que estas nuevos productos no se puedan definir legalmente como envases, no les será de aplicación el régimen obligacional previsto en el artículo 6 o en la Sección Segunda del Capítulo IV de la Ley 11/1997. De lo que resultaría inexacto afirmar que deban contribuir al Sistema Integrado de Gestión (SIG) por el precio del material que componga el envase (“papel cartón”, “plástico del material correspondiente” u “otros materiales”) y, que deben ser incluidas por la empresa adherida en su Declaración Anual de Envases.

# RESEÑA LEGISLATIVA



# RESEÑA LEGISLATIVA

## Disposiciones de la Unión Europea Año 2012<sup>(\*)</sup>

### I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En lo que se refiere a los asuntos generales de la Unión Europea, en el primer trimestre de 2012 cabe destacar una modificación del Reglamento (UE) n° 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana, por el que cambia el número de firmas requeridos en algunos Estados miembros para presentar esta iniciativa, así en el caso concreto de España, de las 37.500 firmas inicialmente previstas, se pasa a las 40.500 (DOUE L 89, 27.03.2012, p. 1). Este cambio es consecuencia de la modificación en la composición del Parlamento Europeo, por el Protocolo por el que se modifica el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, anejo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO C 263 de 29.9.2010, p. 1), que entró en vigor el 1 de diciembre de 2011.

En cuanto a los asuntos financieros de la Unión Europea, se adoptan decisiones relativas a la revisión de los límites previstos en los artículos 157, letra b), y 158, apartado 1, del Reglamento (CE, Euratom) n° 23 42/2002 sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero (DOUE L 29, 1.02.2012, p. 43) y al nombramiento de los miembros del Comité de vigilancia de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) (DOUE L 26, 28.01.2012, p. 30). También se modifica el Acuerdo Interinstitucional, de 17 de mayo de 2006, sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera en relación con el marco financiero plurianual para cubrir las nuevas necesidades de financiación del proyecto ITER (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 12).

Respecto a las movilizaciones de los distintos Fondos de que dispone la UE, se decide la movilización del Instrumento de Flexibilidad, que se utilizará para complementar la financiación de la Estrategia Europa 2020 y para el Ins-

---

(\*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 1<sup>er</sup> cuatrimestre de 2012.

trumento Europeo de Vecindad y Asociación (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 10), así como la movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea, respecto al que España presentó una solicitud de movilización del Fondo con respecto a una catástrofe ocasionada por un terremoto (Lorca, en Murcia); e Italia presentó una solicitud de movilización del Fondo con respecto a una catástrofe ocasionada por inundaciones (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 14). También es objeto de reiteradas movilizaciones el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización a solicitud EGF/2011/005 PT/Norte-Centro Automotive de Portugal (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 11), a solicitud EGF/2011/002 IT/Trentino-Alto Adige/Südtirol-Construcción de edificios, presentada por Italia (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 15) y a solicitud EGF/2009/019 FR/Renault, presentada por Francia (DOUE L 6, 10.01.2012, p. 5).

En estos asuntos financieros, finalmente se adoptan tres recomendaciones por el Consejo, por las que se aprueba la ejecución por la Comisión de las operaciones del Fondo Europeo de Desarrollo (octavo FED) para el ejercicio 2010 (DOUE L 55, 29.02.2012, p. 32), del Fondo Europeo de Desarrollo (noveno FED) para el ejercicio 2010 (DOUE L 55, 29.02.2012, p. 33) y del Fondo Europeo de Desarrollo (décimo FED) para el ejercicio 2010 (DOUE L 55, 29.02.2012, p. 34).

En relación con los asuntos institucionales también hay novedades en este primer cuatrimestre, y así la Comisión va a celebrar Protocolos de cooperación entre la Comisión Europea y el Comité Económico y Social Europeo (DOUE C 102, 5.04.2012, p. 1) y entre la Comisión Europea y el Comité de las Regiones (DOUE C 102, 5.04.2012, p. 6). Y el Presidente de la Comisión Europea adoptará una decisión sobre la función y el mandato del Consejero Auditor en determinados litigios comerciales (DOUE L 107, 19.04.2012, p. 5).

En el Consejo Europeo, se decide la reelección del primer Presidente del mismo, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Sr. Herman Van Rompuy para el período comprendido entre el 1 de junio de 2012 y el 30 de noviembre de 2014 (DOUE L 77, 16.03.2012, p. 17).

En cuanto a la Institución Tribunal de Justicia, se modifican las Instrucciones al Secretario del Tribunal General (DOUE L 68, 7.03.2012, p. 20) y se adoptan Instrucciones prácticas a las partes en los procedimientos ante el Tribunal General (DOUE L 68, 7.03.2012, p. 23).

En el Tribunal de Cuentas, ante la conclusión del mandato del Sr. Juan Ramallo Massanet, se nombra miembro del Tribunal de Cuentas para el período

comprendido entre el 1 de marzo de 2012 y el 28 de febrero de 2018 al Sr. Baudio Tomé Muguruza (DOUE L 55, 29.02.2012, p. 18).

El Comité de las Regiones también va a experimentar cambios en su composición, y así se nombran a dos suplentes españoles del Comité de las Regiones, al Sr. Esteban Mas Portell, Delegado del Gobierno de las Illes Balears en Bruselas (DOUE L 30, 2.02.2012, p. 20) y a la Sra. María Isabel Nieto Fernández, Secretaria Técnica de Acción Exterior de la Junta de Extremadura (DOUE L 41, 15.02.2012, p. 18).

Por último se adopta una decisión por la que se nombra y sustituye a miembros del Consejo de Dirección del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional. Se nombra al siguiente miembro del Consejo de Dirección del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional para el periodo restante del mandato, es decir, hasta el 17 de septiembre de 2012: D. Fernando Puig-Samper Secretario Confederal Responsable de Formación Profesional en CCOO (DOUE C 74, 13.03.2012, p. 6).

## II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En lo que se refiere a la Unión Aduanera y Libre circulación de mercancías, en sus aspectos internacionales, se establece la lista de disposiciones de seguridad aduanera prevista en el artículo 12 ter, apartado 1, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Económica Europea y el Principado de Andorra (DOUE L 29, 1.02.2012, p. 44). Se decide la posición que ha de adoptar la Unión Europea en el Comité Especial UE-Chile de cooperación aduanera y normas de origen en relación con el anexo III 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, relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y a los procedimientos de cooperación administrativa (DOUE L 35, 8.02.2012, p. 2) y se modifica el artículo 15, apartado 7, del Protocolo n° 4 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, relativo a la definición de la noción de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa (DOUE L 106, 18.04.2012, p. 28).

Se modifica el Reglamento (CE) n° 32/2000 del Consejo en lo relativo a la prórroga de los contingentes arancelarios de la Unión para los productos ma-

nufacturados de yute y fibras de coco (DOUE L 8, 12.01.2012, p. 31) y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 74/2012 de la Comisión, de 27 de enero de 2012, relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada, experimenta reiteradas modificaciones (DOUE L 27, 31.01.2012, p. 1; DOUE L 36, 9.02.2012, p. 17; DOUE L 36, 9.02.2012, p. 19; DOUE L 36, 9.02.2012, p. 21; DOUE L 36, 9.02.2012, p. 23; DOUE L 48, 21.02.2012, p. 1; DOUE L 48, 21.02.2012, p. 3; DOUE L 48, 21.02.2012, p. 5; DOUE L 73, 13.03.2012, p. 1; DOUE L 99, 5.04.2012, p. 9; DOUE L 99, 5.04.2012, p. 12; DOUE L 99, 5.04.2012, p. 15; DOUE L 99, 5.04.2012, p. 17; DOUE L 99, 5.04.2012, p. 19).

Igualmente se adopta un reglamento por el que se establece la lista de sustancias biológicas o químicas prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n° 1186/2009 del Consejo, relativo al establecimiento de un régimen comunitario de franquicias aduaneras (DOUE L 29, 1.02.2012, p. 33) y se modifican tanto el anexo I del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L 50, 23.02.2012, p. 1) como el porcentaje del derecho adicional de los productos de la lista del anexo I del Reglamento (CE) n° 673/2005 del Consejo, por el que se establecen derechos de aduana adicionales sobre las importaciones de determinados productos originarios de los Estados Unidos de América (DOUE L 102, 12.04.2012, p. 5).

En los ámbitos de la Política Comercial, como suele ser habitual, se decide la posición que ha de adoptar la Unión Europea en el marco de distintas Organizaciones Internacionales y Tratados internacionales. Así, se decide la posición que ha de adoptar la Unión Europea en la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio en relación con la solicitud de concesión de una exención para conceder trato favorable a los servicios y a los proveedores de servicios de los países menos desarrollados (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 16), la posición que ha de adoptar la Unión Europea en los órganos pertinentes de la Organización Mundial del Comercio con respecto a la adhesión de la Federación de Rusia a la OMC (DOUE L 6, 10.01.2012, p. 6), sobre la adhesión de Samoa a la OMC (DOUE L 6, 10.01.2012, p. 7) con respecto a la solicitud de exención OMC relacionada con las preferencias comerciales autónomas adicionales concedidas por la Unión Europea a Pakistán (DOUE L 52, 24.02.2012, p. 2).

Por otra parte la Unión Europea celebra en esta materia diversos Tratados internacionales, como el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la Federación de Rusia relativo a la gestión de los contingentes aran-

celarios aplicables a las exportaciones de madera de la Federación de Rusia a la Unión Europea y el Protocolo entre la Unión Europea y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre las modalidades técnicas de conformidad con el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la Federación de Rusia relativo a la gestión de los contingentes arancelarios aplicables a las exportaciones de madera de la Federación de Rusia a la Unión Europea (DOUE L 57, 29.02.2012, p. 1, 3 y 5), el Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre el comercio de piezas y componentes de vehículos automóviles entre la Unión Europea y la Federación de Rusia (DOUE L 57, 29.02.2012, p. 14 y 15), el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Gobierno de la Federación de Rusia relativo al mantenimiento de los compromisos sobre comercio de servicios que figuran en el actual Acuerdo de Colaboración y Cooperación («ACC») UE-Rusia (DOUE L 57, 29.02.2012, p. 43 y 44), y el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la Federación de Rusia en relación con la introducción o el aumento de derechos de exportación sobre materias primas (DOUE L 57, 29.02.2012, p. 52 y 53).

Por último, se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 689/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos (DOUE L 26, 28.01.2012, p. 23) y se adopta un reglamento por el que se aplica el artículo 10 del Protocolo de las Naciones Unidas contra la falsificación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, y por el que se establecen autorizaciones de exportación y medidas de importación y tránsito para las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (DOUE L 94, 30.03.2012, p 1).

### III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En Política Agrícola Común (PAC) también se celebran y modifican acuerdos internacionales, así se modifican los cuadros III y IV b) del Protocolo n° 2 del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza de 22 de julio de 1972 en lo que se refiere a los productos agrícolas transformados (DOUE L 85, 24.03.2012, p. 35), y se decide la celebración del Convenio Internacional del Cacao de 2010 (DOUE L 102, 12.04.2012, p. 1).

En cuanto a la normativa de carácter general en esta materia se establecen requisitos para la certificación de las importaciones en la Unión, y el tránsito

por ella, de determinados productos compuestos y se modifican la Decisión 2007/275/CE y el Reglamento (CE) n° 1162/2009 (DOUE L 12, 14.01.2012, p. 1). También se modifica el Reglamento (CE) n° 889/2008, en lo que atañe a las pruebas documentales, y el Reglamento (CE) n° 1235/2008, en lo que atañe a las importaciones de productos ecológicos procedentes de los Estados Unidos de América (DOUE L 41, 15.02.2012, p. 5) y se establecen las modalidades comunes de aplicación del régimen de garantías para los productos agrícolas (DOUE L 92, 30.03.2012, p. 4).

En lo que atañe a la financiación de la PAC, se excluyen de la financiación de la Unión Europea determinados gastos efectuados por los Estados miembros con cargo a la Sección de Garantía del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA), al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (Feaga) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DOUE L 43, 16.02.2012, p. 23). Se fija la retribución global por ficha de explotación agrícola a partir del ejercicio contable de 2012 de la Red de Información Contable Agrícola (DOUE L 92, 30.03.2012, p. 15) y se modifica el Reglamento (UE) n° 65/2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1698/2005 del Consejo en lo que respecta a la aplicación de los procedimientos de control y la condicionalidad en relación con las medidas de ayuda al desarrollo rural (DOUE L 48, 21.02.2012, p. 7). Además se modifican los anexos IV y VIII del Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común (DOUE L 103, 13.04.2012, p. 17).

En lo que se refiere a la protección de la salud, se adopta normativa por la 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 y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 961/2011 (DOUE L 92, 30.03.2012, p. 16).

Los aspectos de la PAC que se refieren a los productos, vegetales, cereales, hortícolas, también son objeto de regulación, y así se modifica la Directiva 2001/112/CE del Consejo relativa a los zumos de frutas y otros productos similares destinados a la alimentación humana (DOUE L 115, 27.04.2012, p. 1) y también se modifica el anexo I de la Directiva 66/402/CEE del Consejo por lo que respecta a las condiciones que deberá cumplir el cultivo de *Oryza sativa* (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 8). Además se modifica la Directiva 2003/90/CE, por la que se establecen disposiciones de aplicación a los fines del artículo 7 de la Directiva 2002/53/CE del Consejo con respecto a los ca-

racteres que los exámenes deben analizar como mínimo y las condiciones mínimas para examinar determinadas variedades de especies de plantas agrícolas (DOUE L 64, 3.03.2012, p. 9).

En relación con el aceite de oliva, se adopta normativa y se modifica la existente sobre las normas de su comercialización (DOUE L 12, 14.01.2012, p. 14; DOUE L 113, 25.04.2012, p. 5) y se abre una licitación en relación con una ayuda para el almacenamiento privado de aceite de oliva (DOUE L 37, 10.02.2012, p. 55).

En cuanto al azúcar, se modifica el Reglamento (CE) n° 891/2009 en lo que atañe a la gestión del «azúcar concesiones CXL» (DOUE L 22, 25.01.2012, p. 8) y se establecen las medidas necesarias en lo que atañe a la venta en el mercado de la Unión de cantidades adicionales de azúcar y de isoglucosa producidos al margen de las cuotas con una tasa reducida por excedentes en la campaña de comercialización 2011/12 (DOUE L 116, 28.04.2012, p. 12).

Las frutas y hortalizas son también objeto de regulación, y en ese sentido, se modifica y establece una excepción al Reglamento de Ejecución (UE) n° 543/2011 por el que 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 y hortalizas transformadas (DOUE L 26, 28.01.2012, p. 26) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 543/2011 que establece disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en los sectores de las frutas y hortalizas y de las frutas y hortalizas transformadas (DOUE L 99, 5.04.2012, p. 21).

También se modifican, el Reglamento (CE) n° 1295/2008, relativo a la importación del lúpulo procedente de terceros países (DOUE L 38, 11.02.2012, p. 33) y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 543/2011 por lo que respecta a los volúmenes que activan la imposición de derechos adicionales a los pepinos y las cerezas, excepto las guindas (DOUE L 116, 28.04.2012, p. 10).

Los productos vitivinícolas también son objeto de regulación, y se modifican, el Reglamento (CE) n° 889/2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo, en lo que respecta a las disposiciones de aplicación referidas al vino ecológico (DOUE L 71, 9.03.2012, p. 42), los Reglamentos (CE) n° 555/2008 y (CE) n° 436/2009 en lo tocante a los documentos que acompañan el transporte de productos vitivinícolas y a los registros que se deben llevar en el sector vitivinícola (DOUE L 103, 13.04.2012, p. 21) y el Reglamento (CE) n° 606/2009 que fija determina-

das disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 479/2008 del Consejo en lo relativo a las categorías de productos vitícolas, las prácticas enológicas y las restricciones aplicables (DOUE L 103, 13.04.2012, p. 38).

En el ámbito de los abonos, se modifica el Reglamento (CE) n° 2003/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los abonos, para adaptar al progreso técnico sus anexos I y IV (DOUE L 75, 15.03.2012, p. 12). Y en la salud de las plantas, se adopta una decisión sobre medidas de emergencia para evitar la introducción y propagación dentro de la Unión de *Anoplophora chinensis* (Forster) (DOUE L 64, 3.03.2012, p. 38). También se reconocen determinadas zonas protegidas en la Comunidad expuestas a riesgos fitosanitarios específicos. En este sentido cabe señalar que todo el territorio de España, con excepción de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, fue reconocido como zona protegida con respecto a *Erwinia amylovora* (Burr.) Winsl. *et al.* España ha documentado que la Comunidad Autónoma de Extremadura ya no debe reconocerse como zona protegida frente a este organismo. Por lo tanto, la Comunidad Autónoma de Extremadura debe retirarse de la lista de zonas reconocidas como protegidas con respecto a dicho organismo nocivo (DOUE L 113, 25.04.2012, p. 2).

El Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 es modificado en lo relativo a las condiciones de aprobación de la sustancia activa cletodim (DOUE L 30, 2.02.2012, p. 8), en lo relativo a la ampliación del uso de la sustancia activa metazaclor (DOUE L 41, 15.02.2012, p. 12), y en lo relativo a las condiciones de aprobación de la sustancia activa triflusalurón (DOUE L 95, 31.03.2012, p. 7). También se autoriza la sustancia activa metam, con arreglo al Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 (DOUE L 114, 26.04.2012, p. 1). Y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 en lo relativo a las condiciones de aprobación de las sustancias activas harina de sangre, carburo de calcio, carbonato de calcio, piedra caliza, pimienta y arena de cuarzo (DOUE L 116, 28.04.2012, p. 19).

En este sector, por último, se adopta una recomendación de la Comisión, por la que se establecen las directrices para la presentación de la información relativa a la identificación de los lotes de materiales forestales de reproducción y de la información que debe figurar en la etiqueta o el documento del proveedor (DOUE L 43, 16.02.2012, p. 38).

En el sector de la ganadería, animales y aves de corral se adopta una variada normativa. Así, se modifica el anexo del Reglamento (CE) n° 21/2004 del

Consejo en lo que respecta al contenido de los documentos de traslado (DOUE L 17, 20.01.2012, p. 1), y también el anexo II del Reglamento (CE) n° 998/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la entrada correspondiente a los Estados Unidos en la lista de terceros países y territorios, referido a animales de compañía, (DOUE L 18, 21.01.2012, p. 1), así el anexo I de la Decisión 2007/275/CE, relativa a las listas de animales y productos que han de someterse a controles en los puestos de inspección fronterizos con arreglo a las Directivas 91/496/CEE y 97/78/CE del Consejo (DOUE L 21, 24.01.2012, p. 1). Igualmente se modifica el Reglamento (CE) n° 318/2007, por el que se establecen condiciones zoonitarias para la importación de determinadas aves en la Comunidad y las correspondientes condiciones de cuarentena (DOUE L 23, 26.01.2012, p. 1). También se modifica la Decisión 2008/855/CE en lo que se refiere al envío a otros Estados miembros de determinadas carnes y productos cárnicos procedentes de explotaciones situadas en las zonas enumeradas en la parte III del anexo de la misma (DOUE L 23, 26.01.2012, p. 9).

También se establecen métodos de muestreo y de análisis para el control oficial de los niveles de dioxinas, PCB similares a las dioxinas y PCB no similares a las dioxinas en determinados productos alimenticios y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1883/2006 (DOUE L 84, 23.03.2012, p. 1) y se adopta una decisión relativa a las importaciones en la Unión de esperma de animales domésticos de la especie porcina (DOUE L 64, 3.03.2012, p. 29).

En relación con los piensos para animales siempre hay algún tipo de regulación, y en este sentido se modifican el anexo I del Reglamento (CE) n° 669/2009 por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la intensificación de los controles oficiales de las importaciones de determinados piensos y alimentos de origen no animal (DOUE L 98, 4.04.2012, p. 7) y el anexo II del Reglamento (CE) n° 183/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a la autorización de los establecimientos que comercializan para uso como piensos productos derivados de aceites vegetales y grasas mezcladas y en lo referente a los requisitos específicos de la producción, almacenamiento, transporte y detección de dioxinas en aceites, grasas y sus productos derivados (DOUE L 77, 16.03.2012, p. 1). También se adopta una recomendación de la Comisión sobre el control de la presencia de alcaloides de cornezuelo en los piensos y los alimentos (DOUE L 77, 16.03.2012, p. 20).

Los aditivos para piensos, como suele ser habitual, también son objeto de variada regulación. Así, se deniega la autorización de *Lactobacillus pentosus*

(DSM 14025) como aditivo para piensos (DOUE L 29, 1.02.2012, p. 36), mientras que se autorizan, 6-fitasa (EC 3.1.3.26) producida por *Pichia pastoris* (DSM 23036) como aditivo en los piensos para pollos y pavos de engorde, pollitas para puesta, pavos criados para reproducción, gallinas ponedoras, otras especies aviares de engorde y ponedoras, lechones destetados, cerdos de engorde y cerdas (titular de la autorización: Huvepharma AD) (DOUE L 35, 8.02.2012, p. 6), monensina de sodio como aditivo en piensos para pollos de engorde y pollitas para puesta (titular de la autorización Huvepharma NV Belgium) (DOUE L 47, 18.02.2012, p. 18), el bisulfato de sodio como aditivo de piensos para mascotas y otros animales no productores de alimentos (DOUE L 46, 17.02.2012, p. 33), *Lactococcus lactis* (NCIMB 30117) como aditivo para piensos destinado a todas las especies animales (DOUE L 77, 16.03.2012, p. 8), trihidroxiclорuro de dicobre como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 89, 27.03.2012, p. 3), un preparado de diformato de potasio como aditivo en los piensos para todas las especies animales y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 492/2006 (DOUE L 108, 20.04.2012, p. 3) un preparado de *Saccharomyces cerevisiae* CNCM I-4407 como aditivo en los piensos para los conejos de engorde y los conejos no destinados a la producción de alimentos y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 600/2005 (titular de la autorización: Société Industrielle Lesaffre) (DOUE L 108, 20.04.2012, p. 6).

En lo que se refiere a los contenidos máximos y límites de determinados productos, se modifican los anexos I y II de la Directiva 2002/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los contenidos máximos y los límites de intervención respecto a las dioxinas y los policlorobifenilos (DOUE L 91, 29.03.2012, p. 1), se modifica el Reglamento (CE) n° 152/2009 en lo que respecta a la determinación de los contenidos de dioxinas y bifenilos policlorados (DOUE L 91, 29.03.2012, p. 8). También se adopta un reglamento relativo a la autorización de *Bacillus subtilis* (CBS 117162) como aditivo alimentario para lechones destetados y cerdos de engorde (titular de la autorización Krka d.d.) (DOUE L 31, 3.02.2012, p. 3) y se modifica el Reglamento (CE) n° 1730/2006 con respecto a las condiciones de uso del ácido benzoico (titular de la autorización: Emerald Kalama Chemical BV) (DOUE L 77, 16.03.2012, p. 6), y se adopta un reglamento de ejecución relativo a la autorización de un preparado de aceite de alcaravea y aceite de limón con hierbas secas y especias como aditivo alimentario para lechones destetados (titular de la autorización: Delacon Biotechnik GmbH) (DOUE L 43, 16.02.2012, p. 15).

En cuanto a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal, se modifican los anexos Reglamento (UE) n° 37/2010, en lo

que respecta a la sustancia fenoximetilpenicilina el anexo del relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal (DOUE L 30, 2.02.2012, p. 1), en lo que respecta a la sustancia altrenogest el anexo relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal (DOUE L 30, (2.02.2012, p. 4), en lo que respecta a la sustancia lasalócido el anexo relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal (DOUE L 30, 2.02.2012, p. 6), en lo que respecta a la sustancia diclorhidrato de octenidina el anexo relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal (DOUE L 36, 9.02.2012, p. 25), el anexo relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal, en lo que respecta a la sustancia metilprednisolona (DOUE L 40, 14.02.2012, p. 2), el anexo relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal, en lo que respecta a la sustancia monepantel (DOUE L 40, 14.02.2012, p. 4), el anexo relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal, en lo que respecta a la sustancia nitroxinilo (DOUE L 71, 9.03.2012, p. 37), en lo que respecta a la sustancia «factor pegilado estimulador de colonias de granulocitos bovinos» el anexo relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal (DOUE L 71, 9.03.2012, p. 40), el anexo relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal, en lo que respecta a la sustancia closantel (DOUE L 75, 15.03.2012, p. 7) y el anexo relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal, en lo que respecta a la sustancia triclabendazol (DOUE L 75, 15.03.2012, p. 10).

También se modifican, los anexos II y III del Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, por lo que respecta a los límites máximos de residuos de amidosulfurón, azoxistrobina, bentazona, bixafen, ciproconazol, fluopiram, imazapic, malatión, propiconazol y espinosad en determinados productos (DOUE L 89, 27.03.2012, p. 5) y los Reglamentos (CE) n°

2380/2001, (CE) n° 1289/2004, (CE) n° 1455/2004, (CE) n° 1800/2004, (CE) n° 600/2005 y (UE) n° 874/2010 y los Reglamentos de Ejecución (UE) n° 388/2011, (UE) n° 532/2011 y (UE) n° 900/2011 en lo que respecta al nombre del titular de la autorización de ciertos aditivos en la alimentación animal, y se corrige el Reglamento de Ejecución (UE) n° 532/2011 (DOUE L 38, 11.02.2012, p. 36).

En lo que se refiere a la salud de los animales, se adopta una decisión por la que se aprueban determinados programas modificados de erradicación y vigilancia de enfermedades animales y zoonosis para el año 2012 y se modifica la Decisión de Ejecución 2011/807/UE en lo que respecta a las medidas que pueden optar a la contribución financiera de la Unión en programas de erradicación de la tembladera y al anticipo de la Unión en programas de erradicación de la rabia para el año 2012 (DOUE L 73, 13.03.2012, p. 6), se modifican los anexos B, C y D de la Directiva 90/429/CEE del Consejo en lo que respecta a las normas de policía sanitaria para la brucelosis y la enfermedad de Aujeszky (DOUE L 61, 2.03.2012, p. 1), se adopta un reglamento relativo a un objetivo de la Unión de reducción de la *Salmonella enteritidis* y la *Salmonella typhimurium* en las manadas de pollos de engorde, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 2160/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 71, 9.03.2012, p. 31), se modifica la Directiva 2000/75/CE del Consejo, en lo que atañe a la vacunación contra la fiebre catarral ovina (DOUE L 81, 21.03.2012, p. 1) y finalmente se modifica la Decisión 2009/821/CE en lo relativo a las listas de puestos de inspección fronterizos y unidades veterinarias de Traces (DOUE L 106, 18.04.2012, p. 22).

En el sector de los productos lácteos y de la ganadería, se modifican las entradas relativas a Sudáfrica de las listas de terceros países o partes de los mismos del anexo II de la Decisión 2007/777/CE y del anexo I del Reglamento (CE) n° 798/2008 (DOUE L 37, 10.02.2012, p. 50), se modifica y se establece una excepción al Reglamento (CE) n° 2535/2001 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1255/1999 del Consejo en lo que se refiere al régimen de importación de leche y productos lácteos y a la apertura de contingentes arancelarios (DOUE L 50, 23.02.2012, p. 11), se modifica el Reglamento (CE) n° 1187/2009 en lo que atañe a las exportaciones de leche y productos lácteos a la República Dominicana (DOUE L 81, 21.03.2012, p. 37). Además, se fija por anticipado el importe de la ayuda para el almacenamiento privado de mantequilla en 2012 (DOUE L 52, 24.02.2012, p. 3) y se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) n° 924/2009 (DOUE L 94, 30.03.2012, p. 22).

En cuanto a los centros escolares y la ayuda alimentaria, se modifican los Reglamentos (CE) n° 1290/2005 y (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que respecta a la distribución de alimentos a las personas más necesitadas (DOUE L 44, 16.02.2012, p. 1), e igualmente se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 562/2011 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 72, 10.03.2012, p. 32).

#### IV. POLÍTICA PESQUERA

El desarrollo de la Política Pesquera de la Unión Europea, supone siempre la celebración de algunos Tratados internacionales con terceros Estados para facilitar la pesca de los barcos de los Estados de la Unión en las aguas de esos Estados y en algunos casos se denuncian estos acuerdos. En este primer cuatrimestre, se deroga la Decisión 2011/491/UE del Consejo relativa a la firma en nombre de la Unión Europea y a la aplicación provisional del 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 6, 10.01.2012, p. 1), lo que supone un grave perjuicio para la flota pesquera española.

En sentido positivo, se decide la firma en nombre de la Unión Europea y la aplicación provisional del 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 Mozambique (DOUE L 46, 17.02.2012, p. 3 y 4) y se aprueba, en nombre de la Unión Europea, la Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur (DOUE L 67, 6.03.2012, p. 1 y 3). También se decide la celebración del Protocolo acordado entre la Unión Europea y la República de Guinea-Bissau por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero en vigor entre ambas Partes (DOUE L 72, 10.03.2012, p. 1).

En relación con la formación de la gente de mar, se adoptan dos decisiones sobre el reconocimiento de Ghana (DOUE L 38, 11.02.2012, p. 45) y de Uru-

guay (DOUE L 38, 11.02.2012, p. 46) de conformidad con la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los sistemas de formación y titulación de la gente de mar.

En relación con la protección del medio marino y de las cuotas generales de pesca se establecen, para 2012, las posibilidades de pesca aplicables en el Mar Negro a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces (DOUE L 3, 6.01.2012, p. 1), las posibilidades de pesca disponibles para los buques de la UE en lo que respecta a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces que no están sujetas a negociaciones o acuerdos internacionales (DOUE L 25, 27.01.2012, p. 1), las posibilidades de pesca disponibles en aguas de la UE y, en el caso de los buques de la UE, en determinadas aguas no pertenecientes a la UE para determinadas poblaciones de peces y grupos de poblaciones de peces que están sujetas a negociaciones o acuerdos internacionales (DOUE L 25, 27.01.2012, p. 55), las posibilidades de pesca disponibles en aguas de la UE y, en el caso de los buques de la UE, en determinadas aguas no pertenecientes a la UE para determinadas poblaciones de peces y grupos de poblaciones de peces que están sujetas a negociaciones o acuerdos internacionales (DOUE L 116, 28.04.2012, p. 17). Y se añaden a las cuotas de pesca de 2012 determinadas cantidades retenidas en el año 2011 de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 847/96 del Consejo (DOUE L 104, 14.04.2012, p. 2).

Igualmente se aprueba, en nombre de la Unión Europea, la Declaración sobre la concesión de posibilidades de pesca en aguas de la UE a los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de la República Bolivariana de Venezuela en la zona económica exclusiva frente a la costa de la Guayana francesa (DOUE L 6, 10.01.2012, p. 8), se establece un régimen de control y ejecución aplicable en la zona del Convenio sobre la futura cooperación multilateral en los caladeros del Atlántico Nororiental (DOUE L 13, 17.01.2012, p. 1), se asignan posibilidades de pesca en virtud del Protocolo del Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República de Mozambique (DOUE L 46, 17.02.2012, p. 1) y se establecen medidas de emergencia para la protección de las poblaciones de eglefino en las aguas al oeste de Escocia (DOUE L 52, 24.02.2012, p. 6).

## V. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

En el ámbito de la Libre Circulación de los Trabajadores, de la Política Social y de Empleo se sustituye el anexo II, relativo a la coordinación de los regí-

menes de seguridad social, 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 (DOUE L 103,13.04.2012, p. 51) y se modifica la Directiva 2004/40/CE, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (campos electromagnéticos) (decimoctava Directiva específica con arreglo al artículo 16 apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE) (UE L 110, 24.04.2012, p. 1).

## VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En el ámbito del Derecho de Establecimiento y Libre prestación de servicios, se modifica la Directiva 78/660/CEE del Consejo, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, en lo que respecta a las micro-entidades (DOUE L 81, 21.03.2012, p. 3) y también se modifican, el Reglamento (CE) n° 1569/2007, por el que se establece un mecanismo para la determinación de la equivalencia de las normas de contabilidad aplicadas por emisores de valores de terceros países, con arreglo a las Directivas 2003/71/CE y 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 103,13.04.2012, p. 11) y el Reglamento (CE) n° 809/2004, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en cuanto a determinados aspectos de los folletos y la publicidad (DOUE L 103,13.04.2012, p. 13). Por último, también es objeto de modificación, la Decisión 2008/961/CE, sobre el uso, por parte de los emisores de valores de terceros países, de las normas nacionales de contabilidad de determinados terceros países y de las normas internacionales de información financiera para elaborar sus estados financieros consolidados (DOUE L 103,13.04.2012, p. 49).

## VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

El desarrollo de la política de transportes también suele dar lugar a la celebración de numerosos Tratados internacionales. Así se decide la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974, a excepción de sus artículos 10 y 11 (DOUE L 8, 12.01.2012, p. 1) y la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974, en relación con lo dispuesto en sus artículos 10 y 11 (DOUE L 8, 12.01.2012, p. 13). También se adopta el reglamento in-

terno del Comité Conjunto creado en virtud del Convenio Interbus sobre el transporte discrecional internacional de los viajeros en autocar y autobús, de 11 de noviembre de 2011, y se adapta el anexo 1 del Convenio sobre las condiciones relativas a los transportistas de viajeros por carretera, el anexo 2 del Convenio, relativo a las normas técnicas aplicables a autobuses y autocares, y los requisitos relativos a las disposiciones sociales contempladas en el artículo 8 del Convenio (DOUE L 8, 12.01.2012, p. 38). Se decide la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de la República de Indonesia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos (DOUE L 52, 24.02.2012, p. 1) y se modifica el Convenio relativo al Transporte Internacional de Mercancías al amparo de los Cuadernos TIR (Convenio TIR de 1975) – De conformidad con la Notificación del Depositario de la ONU C.N.659.2011.TREATIES – 3 las siguientes modificaciones del Convenio TIR entrarán en vigor el 1 de enero de 2012 para todas las Partes contratantes (DOUE L 66, 6.03.2012, p.).

En lo que se refiere a los servicios aéreos, se modifica el Reglamento (CE) n° 736/2006 sobre los métodos de trabajo que debe aplicar la Agencia Europea de Seguridad Aérea en las inspecciones de normalización (DOUE L 31, 3.02.2012, p. 1), también se modifican el Reglamento (UE) n° 185/2010 en lo que atañe a la aclaración y simplificación de determinadas medidas de seguridad aérea (DOUE L 59, 1.03.2012, p. 1) y el Reglamento (CE) n° 474/2006 por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOUE L 98, 4.04.2012, p. 13), así como el Reglamento (UE) n° 1178/2011, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo de la aviación civil en virtud del Reglamento (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 100, 5.04.2012, p. 1).

En este sector de los transportes, cabe destacar una comunicación de la Comisión, con arreglo al artículo 16, apartado 4, del Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad – Obligaciones de servicio público respecto a servicios aéreos regulares en la que la Ruta afectada es: La Gomera–Tenerifé Norte La Gomera–(Tenerifé Norte)–Gran Canaria El Hierro–Gran Canaria Gran Canaria–Tenerifé Sur (DOUE C 31, 4.02.2012, p. 10).

En el sector de los transportes por carretera, se autoriza a los Estados miembros a aprobar determinadas excepciones conforme a lo dispuesto en la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas (DOUE L 101, 11.04.2012, p. 18).

En cuanto al transporte marítimo, se decide el reconocimiento de RINA s.p.a (Registro Naval Italiano) como sociedad de clasificación para las embarcaciones de la navegación interior (DOUE L 33, 4.02.2012, p. 6), el reconocimiento del Registro naval ruso (Russian Maritime Register of Shipping) como sociedad de clasificación para las embarcaciones de la navegación (DOUE L 33, 4.02.2012, p. 7), el reconocimiento de Polski Rejestr Statków SA (Registro Naval Polaco) como sociedad de clasificación para las embarcaciones de la navegación interior (DOUE L 33, 4.02.2012, p. 8) y se modifica la Directiva 2009/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la relación estadística del transporte marítimo de mercancías y pasajeros (DOUE L 101,11.04.2012, p. 5).

La regulación de los transportes ferroviarios comprende una decisión sobre la especificación técnica de interoperabilidad relativa a los subsistemas de control-mando y señalización del sistema ferroviario transeuropeo (DOUE L 51, 23.02.2012, p. 1), una modificación del Reglamento (CE) n° 62/2006 sobre la especificación técnica de interoperabilidad referente a las aplicaciones telemáticas para el subsistema del transporte de mercancías del sistema ferroviario transeuropeo convencional (DOUE L 106, 18.04.2012, p. 14) y una decisión por la que se establece la segunda serie de objetivos comunes de seguridad para el sistema ferroviario (DOUE L 115, 27.04.2012, p. 27).

## VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

Algunos aspectos generales de la Política de la Competencia son objeto de regulación y así se adopta un reglamento relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general (DOUE L 114, 26.04.2012, p. 8).

En cuanto a los derechos compensatorios y antidumping, y en relación con China y algunos otros Estados, se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinadas sujeciones de acero inoxidable y sus partes originarias de la República Popular China y Taiwán, tras una reconsideración por expiración en virtud del artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1225/2009 (DOUE L 5, 7.01.2012, p. 1), se amplía el derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento de Ejecución (UE) n° 511/2010, relativo a las importaciones de determinados alambres de molibdeno originarios de la República Popular China, a las importaciones de determinados alambres de molibdeno procedentes de Malasia, hayan sido o no decla-

rados originarios de Malasia, y por el que se da por concluida la investigación en lo que se refiere a las importaciones procedentes de Suiza (DOUE L 8, 12.01.2012, p. 22), se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de cables de acero originarios de la República Popular China y de Ucrania, ampliado a las importaciones de cables de acero procedentes de Marruecos, Moldavia y la República de Corea, hayan sido o no declarados originarios de dichos países, tras una reconsideración por expiración en virtud del artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1225/2009, y por el que se da por concluido el procedimiento de reconsideración por expiración sobre las importaciones de cables de acero originarios de Sudáfrica en virtud del artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1225/2009 (DOUE L 36, 9.02.2012, p. 1), se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de ácido oxálico originario de la India y de la República Popular China (DOUE L 106, 18.04.2012, p. 1), se modifica el Reglamento (CE) n° 130/2006, por el que se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de ácido tartárico originario de la República Popular China, y se excluye a la empresa Hangzhou Bio-king Biochemical Engineering Co., Ltd de las medidas definitivas (DOUE L 108, 20.04.2012, p. 1) y se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de ácido tartárico originario de la República Popular China tras una reconsideración por expiración en virtud del artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1225/2009 (DOUE L 110, 24.04.2012, p. 3).

En lo que se refiere a la India, se modifica el Reglamento (CE) n° 1292/2007, por el que se impone un derecho antidumping definitivo a las importaciones de películas de tereftalato de polietileno (PET) originarias de la India (DOUE L 8, 12.01.2012, p. 17) y se establece un derecho compensatorio provisional sobre las importaciones de determinadas sujeciones de acero inoxidable y sus partes originarias de la India (DOUE L 38, 11.02.2012, p. 6).

En relación con las ayudas de Estado a España, se autorizan diversas ayudas, en casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones (DOUE C 7, 10.01.2012, p. 2; DOUE C 41, 14.02.2012, p. 6; DOUE C 41, 14.02.2012, p. 6; DOUE C 41, 14.02.2012, p. 7; DOUE C 63, 2.03.2012, p. 4; DOUE C 82, 21.03.2012, p. 3; DOUE C 82, 21.03.2012, p. 3).

En cuanto a las ayudas a Andalucía, se autoriza una ayuda al Fondo de Cartera Jessica Andalucía (la aplicación de la iniciativa JESSICA en Andalucía se rige por el Acuerdo de financiación firmado el 8 de mayo de 2009 entre la Junta de Andalucía (como Autoridad de gestión del Programa Operativo Andalu-

cía 2007-2013 del FEDER) y el Banco Europeo de Inversiones. Las disposiciones del Acuerdo de financiación se complementan con las de los dos Acuerdos Operativos celebrados entre el Fondo de Cartera y los FDU) (DOUE C 79, 17.03.2012, p. 1).

Respecto a otras Comunidades Autónomas españolas, se autorizan ayudas a Cantabria, (DOUE C 119, 24.04.2012, p. 1), Cataluña, Baleares, Andalucía, Murcia, Comunidad Valenciana (DOUE C 72, 10.03.2012, p. 22), Cataluña (DOUE C 53, 23.02.2012, p. 6; DOUE C 71, 9.03.2012, p. 3), País Vasco (DOUE C 66, 6.03.2012, p. 5; DOUE C 77, 16.03.2012, p. 2; DOUE C 93, 30.03.2012, p. 14; DOUE C 121, 26.04.2012, p. 14) y Valencia (DOUE C 82, 21.03.2012, p. 1).

## IX. FISCALIDAD

En la Política Fiscal, se establecen las normas de aplicación de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) n° 904/2010 del Consejo relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (DOUE L 29, 1.02.2012, p. 13). Se autoriza a España y Francia a aplicar una medida especial de excepción a lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE L 41, 15.02.2012, p. 16) y se modifica, en lo que se refiere a Siria, el anexo III de la Decisión n° 1080/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se concede al Banco Europeo de Inversiones una garantía de la UE frente a las pérdidas que se deriven de préstamos y garantías de préstamos concedidos para la realización de proyectos fuera de la Unión y por la que se deroga la Decisión n° 633/2009/CE (DOUE L 110, 24.04.2012, p. 38).

## X. POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En los ámbitos de la Política Económica y Monetaria y Libre Circulación de Capitales, se adopta una orientación del Banco Central Europeo, de 9 de diciembre de 2011, sobre las exigencias de información estadística del Banco Central Europeo en materia de estadísticas exteriores (BCE/2011/23) (DOUE L 65, 3.03.2012, p. 1) y una recomendación del mismo sobre las exigencias de información estadística del Banco Central Europeo en materia de estadísticas exteriores (BCE/2011/24) (DOUE C 64, 3.03.2012, p. 1).

En cuanto a las medidas económicas, provocadas por la crisis, se establecen las normas y procedimientos relativos a los expertos en contabilidad nacional que asistirán a la Comisión de conformidad con el Reglamento (CE) n° 479/2009 del Consejo, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE L 6, 10.01.2012, p. 10). Se adoptan dos recomendaciones por la Junta Europea de Riesgo Sistémico, una sobre el mandato macroprudencial de las autoridades nacionales (JERS/2011/3) (DOUE C 41, 14.02.2012, p. 1) y otra sobre la financiación de entidades de crédito en dólares estadounidenses (JERS/2011/2) (DOUE C 72, 10.03.2012, p. 1) y se modifica la Decisión BCE/2011/25 sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía (BCE/2012/4) (DOUE L 91, 29.03.2012, p. 27).

Se modifican decisiones relativas a la concesión de ayuda financiera de la Unión, así a Portugal (DOUE L 46, 17.02.2012, p. 40; DOUE L 115, 27.04.2012, p. 21). Y en relación con Grecia, se deroga la Decisión BCE/2010/3, sobre medidas temporales relativas a la admisibilidad de los instrumentos de renta fija negociables emitidos o garantizados por el Estado griego (BCE/2012/2) (DOUE L 59, 1.03.2012, p. 36), se adopta una decisión sobre la admisibilidad de instrumentos de renta fija negociables emitidos o plenamente garantizados por la República Helénica en el contexto de la oferta de canje de deuda de la República Helénica (BCE/2012/3) (DOUE L 77, 16.03.2012, p. 19), y se modifica la Decisión 2011/734/UE dirigida a Grecia, con objeto de reforzar y profundizar la supervisión presupuestaria y de formular una advertencia a Grecia a fin de que adopte las medidas para la reducción del déficit, considerada necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo (DOUE L 113, 25.04.2012, p. 8), por último se adopta una decisión por la que se establece que Hungría no ha tomado medidas eficaces para seguir la recomendación del Consejo de 7 de julio de 2009 (DOUE L 66, 6.03.2012, p. 6).

En cuanto al régimen del euro se modifica la Orientación BCE/2010/20 sobre el régimen jurídico de la contabilidad y la información financiera en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (BCE/2011/27) (DOUE L 19, 24.01.2012, p. 37),

Por último, en la regulación de la Libre circulación capitales se autoriza al Reino de Dinamarca a celebrar acuerdos con Groenlandia y las Islas Feroe para que las transferencias de fondos entre Dinamarca y cada uno de esos territorios se traten como transferencias de fondos dentro de Dinamarca, de acuer-

do con el Reglamento (CE) n° 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 24, 27.01.2012, p. 12).

## XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Tanto en el ámbito de las Relaciones exteriores de la Unión Europea como en la Cooperación al Desarrollo que ésta lleva a cabo, los Tratados internacionales son un elemento indispensable para su realización. Así cabe señalar la firma y a la aplicación provisional del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados de África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (DOUE L 111, 24.04.2012, p. 1 y 2).

En relación con el Espacio Económico Europeo (EEE), se adopta una decisión relativa a la posición que debe adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE respecto a la creación de un Grupo de Trabajo Conjunto para controlar la aplicación del capítulo II bis del Protocolo 10 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo relativo a la simplificación de los controles y formalidades respecto al transporte de mercancías y establecer su reglamento interno (DOUE L 24, 27.01.2012, p. 1).

Igualmente hay que resaltar las modificaciones de los anexos de Acuerdo EEE, así se modifica anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) (DOUE L 116, 28.04.2012, p. 2; DOUE L 116, 28.04.2012, p. 7; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 3; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 7; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 9; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 11; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 12; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 14; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 15), el anexo XXI (Estadísticas) (DOUE L 116, 28.04.2012, p. 5; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 16; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 37; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 38; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 40; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 41; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 44; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 45), el anexo XIII (Transporte) (DOUE L 29, 1.02.2012, p. 1; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 23; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 24; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 25; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 26; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 27; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 28; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 29; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 30; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 31; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 32; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 33; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 34; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 35; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 36; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 51; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 56; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 57), el anexo I (Cuestio-

nes veterinarias y fitosanitarias) (DOUE L 76, 15.03.2012, p. 1; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 3; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 5), el anexo XX (Medio ambiente) (DOUE L 76, 15.03.2012, p. 16; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 37; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 38; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 40; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 41; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 44; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 45), el anexo VI (Seguridad Social) (DOUE L 76, 15.03.2012, p. 17), el anexo VII (Reconocimiento de cualificaciones profesionales) (DOUE L 76, 15.03.2012, p. 19), el anexo XI (Comunicación electrónica, servicios audiovisuales y sociedad de la información) (DOUE L 76, 15.03.2012, p. 20; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 21; DOUE L 76, 15.03.2012, p. 22), el anexo XXII (Derecho de sociedades) (DOUE L 76, 15.03.2012, p. 48), el anexo IV (Energía) (DOUE L 76, 15.03.2012, p. 49).

Por último, la Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC n° 534/09/COL, por la que se modifican, por septuagésima octava vez, las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la introducción de un nuevo capítulo relativo a las buenas prácticas para los procedimientos de control de las ayudas estatales (DOUE L 82, 22.03.2012, p. 7).

En relación con el Convenio relativo a un régimen común de tránsito, UE/AELC (de 1987), hay que destacar las decisiones de la Comisión Mixta UE/AELC sobre el régimen común de tránsito, de 19 de enero de 2012, en relación con la invitación a Croacia para adherirse al Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito (DOUE L 114, 26.04.2012, p. 29), sobre la simplificación de formalidades en los intercambios de mercancías, de 19 de enero de 2012, en relación con la invitación a Croacia para adherirse al Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a la simplificación de formalidades en los intercambios de mercancías (DOUE L 114, 26.04.2012, p. 31), sobre el régimen común de tránsito, de 19 de enero de 2012, en relación con la invitación a Turquía para adherirse al Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito (DOUE L 114, 26.04.2012, p. 33) y sobre la simplificación de formalidades en los intercambios de mercancías, de 19 de enero de 2012, en relación con la invitación a Turquía para adherirse al Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a la simplificación de formalidades en los intercambios de mercancías (DOUE L 114, 26.04.2012, p. 35).

En lo que se refiere a las negociaciones de adhesión, se modifica el Reglamento (CE) n° 1085/2006 del Consejo, por el que se establece un Instrumento de Ayuda Preadhesión (IPA) (DOUE L 58, 29.02.2012, p. 1). Y en relación con Croacia, que firmó el Tratado de adhesión en diciembre de 2011, se publica el Dictamen de la Comisión, de 12 de octubre de 2011, sobre la solicitud de ad-

hesión a la Unión Europea presentada por la República de Croacia (DOUE L 112, 24.04.2012, p. 3) y la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 1 de diciembre de 2011, sobre la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (14409/2011 – C7-0252/2011 – 2011/0805(NLE)) (Aprobación) (DOUE L 112, 24.04.2012, p. 5), así como la Decisión del Consejo de la Unión Europea, de 5 de diciembre de 2011, relativa a la admisión de la República de Croacia a la Unión Europea y el Tratado entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la Unión Europea) y la República de Croacia, relativo a la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea, así como el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE L 112, 24.04.2012, p. 6, 10, 21 y ss).

En la política de vecindad hay que reseñar la celebración de un Protocolo del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra parte, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre los principios generales de la participación del Reino de Marruecos en los programas de la Unión (DOUE L 90, 28.03.2012, p. 1 y 2).

Y en lo que se refiere a la cooperación al Desarrollo, se adopta una decisión por la que se adapta y se prorroga el período de aplicación de las medidas oportunas establecidas por primera vez mediante la Decisión 2002/148/CE por la que se dan por concluidas las consultas iniciadas con Zimbabue con arreglo al artículo 96 del Acuerdo de Asociación ACP-CE (DOUE L 47, 18.02.2012, p. 47).

## XII. ENERGÍA

Dentro de la política de energía de la UE, hay que señalar la celebración del Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica

y el Gobierno de Australia en el ámbito de los usos pacíficos de la energía nuclear (DOUE L 29, 1.02.2012, p. 3 y 49).

En la regulación del Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, se adopta un reglamento por el que se establecen las normas de participación de empresas, centros de investigación y universidades en las acciones indirectas del Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y las normas de difusión de los resultados de la investigación (2012-2013) (DOUE L 47, 18.02.2012, p. 1) y decisiones, una relativa al Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de Acciones de Investigación y Formación en Materia Nuclear (2012-2013) (DOUE L 47, 18.02.2012, p. 25), otra relativa al Programa Específico por el que se ejecuta mediante acciones indirectas el Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de acciones de investigación y formación en materia nuclear (2012-2013) (DOUE L 47, 18.02.2012, p. 33), y una tercera sobre el Programa Específico que debe ejecutar mediante acciones directas el Centro Común de Investigación en virtud del Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de Acciones de Investigación y Formación en Materia Nuclear (2012-2013) (DOUE L 47, 18.02.2012, p. 40).

### XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En relación con la normativa internacional que afecta al Mercado Interior, cabe destacar la adopción de numerosos reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), como el reglamento n° 83 de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) – Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos por lo que respecta a la emisión de contaminantes según las necesidades del motor en materia de combustible (DOUE L 42, 15.02.2012, p. 1), así como el reglamento n° 116, Prescripciones técnicas uniformes relativas a la protección de los vehículos a motor contra la utilización no autorizada (DOUE L 45, 16.02.2012, p. 1) y las modificaciones de 2010 del reglamento n° 4, Prescripciones uniformes para la homologación de los dispositivos para el alumbrado de las placas de matrícula trasera de los vehículos a motor y sus remolques (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 17), del reglamento n° 23, Disposiciones uniformes para la homologación de las luces de marcha atrás para vehículos de motor y sus remolques (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 18), del reglamento n° 38 Disposiciones uniformes para la homologación de las luces antiniebla traseras de los vehículos de motor y de sus remolques (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 20), del reglamento n° 77, Prescripciones uniformes sobre la homologación de las luces de estaciona-

miento de los vehículos de motor (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 21), del reglamento n° 87, Prescripciones uniformes sobre la homologación de las luces de circulación diurna de los vehículos de motor (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 24), del reglamento n° 91, Disposiciones uniformes para la homologación de luces de posición laterales para vehículos de motor y sus remolques (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 27), del reglamento n° 105, Prescripciones uniformes relativas a la homologación de vehículos destinados al transporte de mercancías peligrosas en lo que respecta a sus características particulares de construcción (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 30) y las modificaciones de 2008 y 2010 del Reglamento n° 89, Prescripciones uniformes relativas a la homologación de: I. Vehículos, por lo que se refiere a la limitación de su velocidad máxima o de su función ajustable de limitación de velocidad. – II. Vehículos, por lo que se refiere a la instalación de un dispositivo de limitación de velocidad (DLV) o un dispositivo ajustable de limitación de velocidad (DALV) de un tipo homologado – III. Dispositivo de limitación de velocidad (DLV) y dispositivo ajustable de limitación de velocidad (DALV) (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 25).

Además se adoptó una sobre la adhesión de la Unión Europea al Reglamento n° 29 de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, referente a las prescripciones uniformes sobre la homologación de vehículos en lo relativo a la protección de los ocupantes de la cabina de un vehículo comercial (DOUE L 71, 9.03.2012, p. 1), otra sobre la posición de la Unión Europea en relación con el proyecto de Reglamento de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa relativo a la seguridad de los peatones y el proyecto de Reglamento de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa relativo a las fuentes luminosas de diodo emisor de luz (LED) (DOUE L 71, 9.03.2012, p. 3), así como dos decisiones, una del Comité creado de conformidad con el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el reconocimiento mutuo en materia de evaluación de la conformidad, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la inclusión en el anexo I de un nuevo capítulo 19 sobre las instalaciones de transporte por cable y la actualización de las referencias jurídicas que figuran en el anexo 1 (DOUE L 80, 20.03.2012, p. 31) y otra Comité Mixto creado en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, de 21 de octubre de 2011, sobre determinados aspectos de la contratación pública (DOUE L 97, 3.04.2012, p. 1).

En lo que se refiere a la protección de la salud humana y animal, se modifica la Decisión 2008/911/CE, por la que se establece una lista de sustancias y preparados vegetales y de combinaciones de estos, para su uso en medicamentos tradicionales a base de plantas (DOUE L 34, 7.02.2012, p. 5; DOUE L 34,

7.02.2012, p. 8) y se adopta un reglamento sobre instrucciones electrónicas de utilización de productos sanitarios (DOUE L 72, 10.03.2012, p. 28).

También se modifican, el Reglamento (CE) n° 297/95 del Consejo en lo que se refiere al ajuste de las tasas de la Agencia Europea de Medicamentos a la tasa de inflación (DOUE L 90, 28.03.2012, p. 11) y el Reglamento (CE) n° 1152/2009 por el que se establecen condiciones específicas para la importación de determinados productos alimenticios de algunos terceros países debido al riesgo de contaminación de dichos productos por aflatoxinas (DOUE L 90, 28.03.2012, p. 14).

Se adopta igualmente normativa en lo que se refiere a salud alimentaria y seguridad, y así se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las condiciones de utilización y a los niveles de uso del amarillo de quinoleína (E 104), el amarillo ocaso FCF/amarillo anaranjado S (E 110) y el ponceau 4R, rojo cochinilla A (E 124) (DOUE L 78, 17.03.2012, p. 1) y se adoptan reglamentos para, establecer especificaciones para los aditivos alimentarios que figuran en los anexos II y III del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 83, 22.03.2012, p. 1), para establecer métodos de muestreo y de análisis para el control oficial de los niveles de dioxinas, PCB similares a las dioxinas y PCB no similares a las dioxinas en determinados productos alimenticios y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1883/2006 (DOUE L 84, 23.03.2012, p. 1) y para establecer normas de desarrollo para la aplicación del artículo 8 del Reglamento (CE) n° 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adición de vitaminas y minerales y de otras sustancias determinadas a los alimentos (DOUE L 102, 12.04.2012, p. 2).

En relación con el etiquetado y la presentación de los productos, se modifican, el anexo III del Reglamento (CE) n° 110/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la definición, designación, presentación, etiquetado y protección de la indicación geográfica de bebidas espirituosas (DOUE L 53, 25.02.2012, p. 1), el anexo I de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DOUE L 69, 8.03.2012, p. 15) y el anexo I, con objeto de incluir una nueva denominación de fibra textil, y los anexos VIII y IX, a efectos de su adaptación al progreso técnico, del Reglamento (UE) n° 1007/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las denominaciones de las fibras textiles y al etiquetado y marcado de la composición en fibras de los productos textiles (DOUE L 95, 31.03.2012, p. 1).

Los obstáculos técnicos a los intercambios suelen ser objeto de regulación habitual en el mercado interior, y en este sentido, se modifica el Reglamento (UE) n° 582/2011, por el que 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) (DOUE L 28, 31.01.2012, p. 1), se modifica el Reglamento (UE) n° 19/2011, respecto a los requisitos de homologación de tipo en lo referente a la placa reglamentaria del fabricante de los vehículos de motor y sus remolques (DOUE L 82, 22.03.2012, p. 1) se ejecuta el Reglamento (CE) n° 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a los indicadores de cambio de velocidad y se modifica la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 28, 31.01.2012, p. 24), se desarrolla el Reglamento (CE) n° 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos de homologación de tipo para determinadas categorías de vehículos de motor con respecto a los sistemas avanzados de frenado de emergencia (DOUE L 109, 21.04.2012, p. 1) y en lo que respecta a los requisitos de homologación de tipo para la instalación de sistemas de advertencia de abandono del carril en los vehículos de motor (DOUE L 110, 24.04.2012, p. 18), y se adopta también un reglamento relativo a los requisitos de homologación de tipo para determinados vehículos de motor con respecto al acceso al vehículo y su maniobrabilidad 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 43, 16.02.2012, p. 6).

Además se modifican, la Decisión 98/213/CE, relativa al procedimiento de certificación de la conformidad de productos de construcción con arreglo al apartado 2 del artículo 20 de la Directiva 89/106/CEE del Consejo, en lo que concierne a los kits de tabiquería interior (DOUE L 109, 21.04.2012, p. 20) y la Decisión 1999/94/CE, relativa al procedimiento de certificación de la conformidad de productos de construcción con arreglo al apartado 2 del artículo 20 de la Directiva 89/106/CEE del Consejo en lo que concierne a los productos prefabricados de hormigón normal, ligero y celular curado al vapor en autoclave (DOUE L 109, 21.04.2012, p. 22).

En cuanto a la regulación de la seguridad de los productos, se modifica, para adaptarla al progreso técnico, la parte III del anexo II de la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la seguridad de los juguetes (DOUE L 64, 3.03.2012, p. 7) y se adoptan dos decisiones, una por la que se requiere a los Estados miembros para que prohíban la comercialización de dispositivos de corte de tipo «mayal» para desbrozadoras portátiles de

mano (DOUE L 18, 21.01.2012, p. 5) y otra que prolonga la validez de la Decisión 2006/502/CE, por la que se requiere a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar que solo se comercialicen encendedores con seguridad para niños y que prohíban la comercialización de encendedores de fantasía (DOUE L 27, 31.01.2012, p. 24).

El mercado interior abarca una gran cantidad de materias, y otros sectores también son objeto de regulación. Así, se modifican, 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 (sustancias CMR) (DOUE L 37, 10.02.2012, p. 1), y el anexo XIV del Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH) (DOUE L 41, 15.02.2012, p. 1).

También se modifica la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de forma que incluya el óxido de cobre (II), el hidróxido de cobre (II) y el carbonato básico de cobre (DOUE L 37, 10.02.2012, p. 60), y el bendiocarb (DOUE L 37, 10.02.2012, p. 65) como sustancias activas en su anexo I. Se modifican igualmente, la Directiva 2008/43/CE por la que se establece, con arreglo a la Directiva 93/15/CEE del Consejo, un sistema de identificación y trazabilidad de explosivos con fines civiles (DOUE L 50, 23.02.2012, p. 18) y Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la lista de productos relacionados con la defensa (DOUE L 85, 24.03.2012, p. 3).

Además se adoptan reglamentos sobre, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (DOUE L 86, 24.03.2012, p. 1), para establecer requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) n° 924/2009 (DOUE L 94, 30.03.2012, p 22), se completa el Reglamento (CE) n° 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con las tasas que deben pagar las agencias de calificación crediticia a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (DOUE L 90, 28.03.2012, p. 6) y se modifica el Reglamento (CE) n° 648/2004 en lo que se refiere al uso de fosfatos y otros compuestos de fósforo en detergentes para lavavajillas automáticos y para ropa destinados a los consumidores (DOUE L 94, 30.03.2012, p 16).

Finalmente se adopta una decisión por la que se establece un programa plurianual de política del espectro radioeléctrico (DOUE L 81, 21.03.2012, p. 7)

y la Comisión emite una recomendación relativa a los preparativos para el despliegue de los sistemas de contador inteligente (DOUE L 73, 13.03.2012, p. 9).

#### XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

#### XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

En el ámbito de la protección medioambiental y referida a aspectos generales de esta política, se va a adoptar una directiva relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOUE L 26, 28.01.2012, p. 1).

En lo que se refiere a la regulación sobre residuos, se modifica el Reglamento (CE) n° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los traslados de residuos, para introducir determinados residuos no clasificados en su anexo IIIB (DOUE L 46, 17.02.2012, p. 30) y se van a adoptar tres decisiones, una por la que se establecen normas en relación con las guías sobre la recogida de datos y las orientaciones sobre la redacción de documentos de referencia MTD y sobre su aseguramiento de la calidad a que se refiere la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las emisiones industriales (DOUE L 63, 2.03.2012, p. 1), otra por la que se establecen las conclusiones sobre las mejores tecnologías disponibles (MTD) en la fabricación de vidrio conforme a la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las emisiones industriales (DOUE L 70, 8.03.2012, p. 1) y la tercera por la que se establecen las conclusiones sobre las mejores tecnologías disponibles (MTD) en la producción siderúrgica conforme a la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las emisiones industriales (DOUE L 70, 8.03.2012, p. 63).

En cuanto a la regulación relacionada con la emisión de gases y calidad del aire ambiente, se modifica el Reglamento (CE) n° 748/2009 de la Comisión sobre la lista de operadores de aeronaves que han realizado una actividad de aviación enumerada en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo el 1 de enero de 2006 o a partir de esta fecha, en la que se especifica el Estado miembro responsable de la gestión de cada operador de aeronaves teniendo en cuenta también la ampliación del régimen de co-

mercio de derechos de emisión de la Unión Europea a los países EEE-AELC (DOUE L 39, 11.02.2012, p. 1), se modifica el anexo II del Reglamento (UE) n° 510/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, en relación con las fuentes y los parámetros de los datos que deben notificar los Estados miembros (DOUE L 72, 10.03.2012, p. 2), se complementa la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la eficiencia energética de los edificios, estableciendo un marco metodológico comparativo para calcular los niveles óptimos de rentabilidad de los requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios y de sus elementos (DOUE L 81, 21.03.2012, p. 18) y se adopta un reglamento sobre el seguimiento y la notificación de los datos relativos a la matriculación de los vehículos comerciales ligeros nuevos de conformidad con el Reglamento (UE) n° 510/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 98, 4.04.2012, p. 1).

También se adoptan en esta materia tres decisiones, una sobre disposiciones de ejecución del cobro de las primas por exceso de emisiones de CO<sub>2</sub> de los vehículos comerciales ligeros nuevos de conformidad con el Reglamento (UE) n° 510/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 47, 18.02.2012, p. 69), otra sobre un método para el cobro de las primas por exceso de emisiones de CO<sub>2</sub> de los turismos nuevos de conformidad con el Reglamento (CE) n° 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 47, 18.02.2012, p. 71) y la última establece las normas relativas a los planes nacionales transitorios a que hace referencia la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las emisiones industriales (DOUE L 52, 24.02.2012, p. 12).

En cuanto a las cuestiones referidas con el diseño y etiquetado de productos, se desarrolla la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo respecto de los requisitos de diseño ecológico aplicables a los acondicionadores de aire y a los ventiladores (DOUE L 72, 10.03.2012, p. 7).

La protección de espacios naturales es también objeto de regulación y así se adoptan, la quinta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea (DOUE L 10, 13.01.2012, p. 1 la tercera lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica canónica (DOUE L 10, 13.01.2012, p. 103), la quinta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica boreal (DOUE L 10, 13.01.2012, p. 130), la quinta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica alpina (DOUE L 10, 13.01.2012, p. 339), la quinta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica atlántica (DOUE L 11, 13.01.2012, p. 1),

y la quinta lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica continental (DOUE L 11, 13.01.2012, p. 105).

En cuanto a la protección de la fauna y flora silvestres, se modifica el Reglamento (CE) n° 338/97 del Consejo, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (DOUE L 39, 11.02.2012, p. 133) y se adopta un reglamento delegado relativo a las normas procedimentales para el reconocimiento y la retirada del reconocimiento de las entidades de supervisión contempladas en el Reglamento (UE) n° 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera (DOUE L 115, 27.04.2012, p. 12).

En relación con las energías renovables se adopta una decisión sobre el reconocimiento del régimen «Ensus voluntary scheme under RED for Ensus bioethanol production» para demostrar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad de conformidad con las Directivas 2009/28/CE y 98/70/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 110, 24.04.2012, p. 42).

En cuanto a la Política de la Salud, se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a los requisitos relativos a los alimentos congelados de origen animal destinados al consumo humano (DOUE L 8, 12.01.2012, p. 29).

## XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD.

En la política de información, como viene siendo habitual, se sigue elaborando normativa referida a las estadísticas comunitarias, y así adopta normativa de aplicación del Reglamento (CE) n° 1177/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las estadísticas comunitarias sobre la renta y las condiciones de vida (EU-SILC) en lo referente a la lista correspondiente a 2013 de variables objetivo secundarias relativas a bienestar (DOUE L 22, 25.01.2012, p. 9) y un reglamento sobre la relación estadística de los transportes de mercancías por carretera (DOUE L 32, 3.02.2012, p. 1), así como una decisión por la que se nombra al Presidente del Comité consultivo europeo para la gobernanza estadística (DOUE L 24, 27.01.2012, p. 11) y otra por la que se nombra a tres miembros del Comité consultivo europeo para la gobernanza estadística, entre los que se encuentra la Sra. Pilar Martín-Guzmán, (DOUE L 30, 2.02.2012, p. 17).

## XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

En el ámbito de la política científica, de investigación y desarrollo tecnológico, se firma, en nombre de la Unión Europea, y se procede a la aplicación provisional del Acuerdo entre la Unión Europea, por una parte, y la República Argentina Democrática y Popular, por otra, sobre cooperación científica y tecnológica (DOUE L 99, 5.04.2012, p. 1 y 2).

Además se adoptan varias decisiones, una por la que se crea la Infraestructura Común de Tecnología y Recursos Lingüísticos como consorcio de infraestructuras de investigación europeas (CLARIN ERIC) (DOUE L 64, 3.03.2012, p. 13), otra que modifica la Decisión 2004/452/CE, por la que se establece una lista de organismos cuyos investigadores pueden acceder, con fines científicos, a datos confidenciales (DOUE L 108, 20.04.2012, p. 37) y otra por la que se establece una lista de etapas de decisión determinantes para la evaluación de la ejecución del programa Galileo por lo que respecta a los centros y estaciones terrestres que deben crearse en el marco de las fases de desarrollo y despliegue del programa (DOUE L 52, 24.02.2012, p. 28).

En lo que se refiere a la política de protección intelectual e industrial, se decide la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la protección de las indicaciones geográficas de los productos agrícolas y alimenticios (DOUE L 93, 30.03.2012, p. 1 y 3) y se aprueban modificaciones menores del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [Queso Manchego (DOP)] (DOUE L 43, 16.02.2012, p. 1).

## XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

## XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En relación con la protección de derechos fundamentales se va a adoptar una recomendación por la Comisión, sobre directrices para la protección de datos en el sistema de alerta precoz y respuesta (SAPR) (DOUE L 36, 9.02.2012, p. 31).

## XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

En los ámbitos de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), los problemas originados por la piratería en el Océano Índico son una constante, y se van a adoptar dos decisiones, una relativa a la puesta en marcha del Centro de Operaciones de la UE para las misiones y la operación de la política común de seguridad y defensa en el Cuerno de África (DOUE L 89, 27.03.2012, p. 66), y otra por la que se modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (DOUE L 89, 27.03.2012, p. 69).

También es una constante en la PESC la 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 habida cuenta de la situación en Siria (DOUE L 16, 19.01.2012, p. 1; DOUE L 19, 24.01.2012, p. 6; DOUE L 19, 24.01.2012, p. 33; DOUE L 54, 28.02.2012, p. 1; DOUE L 54, 28.02.2012, p. 14; DOUE L 87, 24.03.2012, p. 45; DOUE L 87, 24.03.2012, p. 103; DOUE L 110, 24.04.2012, p. 36), se suspende parcialmente la aplicación del Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Árabe Siria (DOUE L 54, 28.02.2012, p. 18) y modifica, en lo que se refiere a Siria, el anexo III de la Decisión nº 1080/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se concede al Banco Europeo de Inversiones una garantía de la UE frente a las pérdidas que se deriven de préstamos y garantías de préstamos concedidos para la realización de proyectos fuera de la Unión y por la que se deroga la Decisión nº 633/2009/CE (DOUE L 110, 24.04.2012, p. 38).

También se adoptan medidas restrictivas contra Irán (DOUE L 19, 24.01.2012, p. 1; DOUE L 19, 24.01.2012, p. 10; DOUE L 19, 24.01.2012, p. 22; DOUE L 77, 16.03.2012, p. 18; DOUE L 87, 24.03.2012, p. 90; DOUE L 88, 24.03.2012, p. 1; DOUE L 110, 24.04.2012, p. 17; DOUE L 110, 24.04.2012, p. 35), contra Belarús (DOUE L 19, 24.01.2012, p. 31; DOUE L 38, 11.02.2012, p. 3; DOUE L 55, 29.02.2012, p. 1; DOUE L 55, 29.02.2012, p. 19; DOUE L 87, 24.03.2012, p. 37; DOUE L 87, 24.03.2012, p. 95; DOUE L 113, 25.04.2012, p. 1; DOUE L 113, 25.04.2012, p. 11), contra Costa de Marfil (DOUE L 38, 11.02.2012, p. 1; DOUE L 38, 11.02.2012, p. 43; DOUE L 71, 9.03.2012, p. 5; DOUE L 71, 9.03.2012, p. 50), contra Liberia (DOUE L 38, 11.02.2012, p. 29), contra Zimbabwe (DOUE L 47, 18.02.2012, p. 50;

DOUE L 49, 22.02.2012, p. 2; DOUE L 54, 28.02.2012, p. 20), contra Birmania/Myanmar (DOUE L 47, 18.02.2012, p. 64; DOUE L 115, 27.04.2012, p. 25) contra la República de Guinea (DOUE L 74, 14.03.2012, p. 8), en vista de la situación existente en Bosnia y Herzegovina (DOUE L 80, 20.03.2012, p. 17) y se modifica el Reglamento (CE) n° 1210/2003 relativo a determinadas restricciones específicas aplicables a las relaciones económicas y financieras con Iraq (DOUE L 30, 2.02.2012, p. 11).

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 la red Al-Qaida (DOUE L 8, 12.01.2012, p. 27; DOUE L 15, 18.01.2012, p. 1; DOUE L 35, 8.02.2012, p. 4; DOUE L 61, 2.03.2012, p. 10; DOUE L 74, 14.03.2012, p. 4; DOUE L 84, 23.03.2012, p. 23; DOUE L 103, 13.04.2012, p. 42; DOUE L 108, 20.04.2012, p. 9), contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo (DOUE L 4, 7.01.2012, p. 1), contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Túnez (DOUE L 27, 31.01.2012, p. 11), contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Egipto (DOUE L 80, 20.03.2012, p. 18), contra determinadas personas, grupos, empresas y entidades, habida cuenta de la situación en Afganistán (DOUE L 87, 24.03.2012, p. 1; DOUE L 87, 24.03.2012, p. 60), contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Irán (DOUE L 87, 24.03.2012, p. 26; DOUE L 87, 24.03.2012, p. 85), contra los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova (DOUE L 87, 24.03.2012, p. 92).

Igualmente se adoptan medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo (DOUE L 74, 14.03.2012, p. 1) y se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (DOUE L 74, 14.03.2012, p. 9).

En cuanto a las Misiones de la UE, se prorrogan el mandato del Jefe de la Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EU BAM Rafah) (DOUE L 9, 13.01.2012, p. 14) y mandato del Jefe de la Misión de Policía de la Unión Europea para los Territorios Palestinos (EU-POL COPPS) (DOUE L 9, 13.01.2012, p. 15). Se nombra al Representante Especial de la Unión Europea para el proceso de paz en Oriente Próximo

(DOUE L 19, 24.01.2012, p. 17), al Presidente del Comité Militar de la Unión Europea (DOUE L 19, 24.01.2012, p. 21) y al Representante Especial de la Unión Europea para Kosovo (DOUE L 23, 26.01.2012, p. 5).

Por último, y en relación con el control de armamento, se adopta una decisión en apoyo de actividades que fomenten el diálogo y la cooperación UE-China-África sobre el control de armas convencionales (DOUE L 54, 28.02.2012, p. 8) y otra de apoyo a las actividades de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ) en el marco de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 87, 24.03.2012, p. 49).

## XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En los ámbitos referidos al espacio de libertad, seguridad y justicia, y en lo que se refiere a visados se modifica el Reglamento (CE) n° 810/2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados) (DOUE L 58, 29.02.2012, p. 3).

En cuanto a la regulación del acervo Schengen, se decide la firma y la celebración Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza, sobre la participación de estos Estados en los trabajos de los Comités que asisten a la Comisión Europea en el ejercicio de sus poderes ejecutivos por lo que se refiere a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen (UE L 103,13.04.2012, p. 1; UE L 103,13.04.2012, p. 3, 4 y 10).

La libre circulación de personas, el asilo y los flujos migratorios es también objeto de regulación y se modifica la Decisión n° 573/2007/CE por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios» (DOUE L 92, 30.03.2012, p. 1).

En los ámbitos referidos a la justicia, se modifican los anexos I a IV del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 50, 23.02.2012, p. 3) y finalmente en la lucha contra la delincuencia se adopta una decisión relativa al establecimiento del intercambio automatizado de datos respecto a los datos del ADN en la República Checa (DOUE L 30, 2.02.2012, p. 15).



# Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía<sup>1</sup>

**Decreto 351/2011, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Almería y se crea su comisión de seguimiento (BOJA núm. 2 de 4 de enero).**

El Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Almería establece la ordenación territorial 1.159 kilómetros cuadrados del litoral almeriense donde habita una población de 251.780 habitantes integrada por la capital y los municipios de Benahadux, Gádor, Huércal de Almería, Níjar, Pechina, Rioja, Santa Fe de Mondújar y Viator. Pude decirse, así, que se persigue potenciar el papel del Valle del Andarax como elemento articulador de la aglomeración.

Como es común a este tipo de Planes, los principales objetivos son: planificar los instrumentos que procuren la integración territorial; preservar las zonas que deben quedar excluidas del proceso de urbanización por sus valores ambientales, paisajísticos y culturales; identificar las zonas de oportunidad para el desarrollo de las actividades económicas especializadas; atender las nuevas necesidades de infraestructuras viarias, hidráulicas, energéticas y medioambientales; impulsar la intermodalidad en los servicios de transportes, y establecer una red de espacios de uso público, con especial atención al entorno del río Andarax y a la franja costera. En este contexto, se identifican cuatro reservas de suelo para actividades económicas en torno a la autovía A-7, con una superficie total de 610 hectáreas. Dos de ellas son de tipo logístico y tienen como objetivo respaldar la estrategia de diversificación de tráfico desarrollada durante los últimos años en los puertos de Almería y Carboneras, que se reforzará además con la futura conexión ferroviaria de alta velocidad con Murcia. Las otras dos reservas cubrirán la demanda de suelo para impulsar actividades productivas en las zonas denominadas Kilómetro 21 (Almería) y Venta del Pobre (Níjar).

---

\* En esta sección, elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE, se recogen y comentan las disposiciones generales más relevantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el primer cuatrimestre de 2012.

Al igual que el resto de los POT vinculados a zonas de litoral, éste también establece un corredor de uso público con una anchura de 200 metros en todas las áreas no urbanizadas o clasificadas como urbanizables no sectorizadas, duplicando así la protección de la zona de servidumbre prevista en la Ley de Costas.

Además de las reservas y criterios de ordenación para actividades económicas, el nuevo plan diseña también un sistema de espacios libres integrado por el corredor litoral, el parque forestal de Sierra de Alhamilla y los parques metropolitanos del Valle de Andarax y la Bahía de Almería.

En relación con la actividad turística, se pretende cualificar al oferta del litoral almeriense y favorecer la implantación de alojamientos turísticos e instalaciones recreativas y de ocio.

**Decreto 375/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el Servicio de Asistencia a Víctimas en Andalucía (BOJA núm. 8 de 13 de enero).**

El Decreto responde al aumento cualitativo y cuantitativo registrado por el Servicio de Asistencia a las Víctimas en Andalucía (SAVA) que la Junta de Andalucía preste desde 1998 de acuerdo con la Ley de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual. Actualmente supera la media anual de 10.000 personas atendidas, entre las que destacan las mujeres víctimas de malos tratos.

El SAVA, adscrito a la Consejería de Gobernación y Justicia, es un servicio público al que puede acudir cualquier persona que haya sufrido un percance motivado por actos ilícitos para recibir asistencia jurídica y apoyo psicológico y social. Los usuarios son derivados, en su mayor parte, desde instancias judiciales y por los cuerpos de seguridad. En este sentido, el SAVA actúa en coordinación con los diferentes agentes que intervienen cuando se denuncia un hecho delictivo, además de informar y asesorar a las víctimas sobre la tramitación de denuncias y sus derechos. De igual modo se encarga de acompañarlas a los juicios y gestionar la asistencia en casas de acogida cuando se trata de mujeres víctimas de violencia de género. Durante la última legislatura y hasta la fecha, más de 46.000 personas han sido atendidas.

Entre otras disposiciones, el Decreto incluye la creación del Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas en Andalucía, órgano consultivo que, entre otras

funciones, se encargará de asesorar a los organismos e instituciones públicas o privadas vinculadas a este ámbito. El nuevo Consejo estará presidido por la persona titular de la Dirección General de la Junta competente en la materia e integrado por diez representantes de la Administración autonómica, tres de los equipos técnicos de los SAVA y uno del Ministerio Fiscal, así como un magistrado y un vocal del Cuerpo de Secretarios Judiciales designados por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

**Decreto 379/2011, de 30 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento de Creación de Museos y de Gestión de Fondos Museísticos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Reglamento de Actividades Arqueológicas (BOJA núm. 19, de 30 de enero).**

Esta modificación reglamentaria se enmarca en el proceso de adaptación de la normativa autonómica a la Directiva de Servicios en el mercado interior, dirigida fundamentalmente a la eliminación de barreras legales y administrativas que suponen obstáculos para la actividad económica y la prestación de servicios. La Directiva de servicios ha supuesto ya la modificación de casi un centenar de Decretos y de 16 leyes autonómicas, entre ellas la 8/2007, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía, y la 14/2007, del Patrimonio Histórico de Andalucía que ampararon al aprobación de las normas reglamentarias que ahora se modifican.

El Reglamento de Creación de Museos y Gestión de Fondos Museísticos, vigente desde 1995, se modifica para sustituir la autorización administrativa previa por una declaración responsable de los interesados, con dos meses de antelación, en el caso de la aprobación de salida de fondos museísticos que no forman parte de las colecciones de la Junta de Andalucía. Esta sustitución también regirá en los supuestos de disolución de museos y colecciones museográficas privadas. Por el contrario, para la salida de fondos y para la disolución de museos y colecciones de titularidad autonómica o local se mantiene el requisito de la autorización.

En el caso del Reglamento de Actividades Arqueológicas de 2003, la modificación posibilita que puedan solicitar prospecciones todas aquellas personas que cuenten con titulación o acreditación profesional acorde con la normativa europea, y no sólo española.

**Decreto 376/2011, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido (BOJA núm. 14, de 23 de enero).**

Se trata de una modificación del Decreto regulador de las ayudas a empresas para favorecer la contratación indefinida que pretende adaptar a la actual coyuntura económica la duración mínima exigida para los empleos estables incentivados por la norma. Este periodo se fija en 24 meses, frente a los cuatro años establecidos originariamente tanto para las empresas ordinarias como para las denominadas Centros Especiales de Empleo (con al menos un 70% de personas con discapacidad igual o superior al 33% en sus plantillas). Para estas últimas, el tiempo mínimo requerido será de 1.095 días.

Los incentivos autonómicos para la contratación de carácter indefinido da prioridad a las pymes, a las mujeres, a los menores de 30 años y los colectivos con mayores dificultades para acceder a un puesto de trabajo (parados de larga duración, mujeres víctimas de violencia doméstica, personas con discapacidad, ex-reclusos, drogodependientes rehabilitados, usuarios del Programa de Solidaridad, inmigrantes y minorías étnicas).

Para que las empresas puedan acceder a los incentivos, el Decreto establece, como requisito imprescindible, que el trabajador contratado haya culminado un itinerario de inserción, orientación y formación profesional a través del Servicio Andaluz de Empleo (SAE). Además, antes de contratar a los beneficiarios, las empresas deben haber cursado su oferta a través de este servicio público.

En el caso de las pymes, se fija la condición de que al menos el 50% de la plantilla tenga carácter estable tras la incorporación de los nuevos trabajadores. Este límite se eleva hasta el 80% para las empresas con más de 250 empleados, que también podrán acogerse a las ayudas si las nuevas contrataciones logran reducir la temporalidad en un 50%.

Con carácter general, se establecen ayudas de entre los 3.000 y los 4.750 euros por cada contrato indefinido. Concretamente se establecen cuatro grandes líneas de incentivos: ayudas a empresas de menos de 250 trabajadores, programas de fomento de la estabilidad laboral en empresas de más de 250 empleados, apoyos a la transformación de contratos temporales en indefinidos y medidas en las áreas de intervención preferente.

La primera de estas líneas destina ayudas de 4.750 euros para aquellas em-

presas de hasta diez trabajadores que contraten a mujeres, jóvenes menores de 30 años o colectivos definidos como vulnerables. Estos incentivos son de 4.250 euros por contrato en entidades de entre 11 y 50 trabajadores y de 3.000 euros en aquellas cuyas plantillas se sitúen entre 51 y 250 empleados.

En el caso de las contrataciones a mujeres, se da prioridad a aquellos sectores en los que tienen escasa representación, como el industrial, la construcción o los transportes. También se presta especial atención a la incorporación o reincorporación al trabajo tras periodos de maternidad o atención a personas dependientes. Respecto a los jóvenes menores de 30 años, las prioridades se centran en los sectores industrial, audiovisual, medioambiental, de servicios a las empresas, nuevas tecnologías y atención social.

El segundo de los cuatro bloques de incentivos, para empresas con más de 250 trabajadores, se canaliza a través de contratos-programas con la Consejería de Empleo. En ellos se recogen tanto las ayudas que se concedan como las políticas activas complementarias necesarias para fomentar el empleo estable.

En cuanto a los incentivos para favorecer la transformación de contratos temporales en indefinidos, el Decreto prevé una cuantía de 3.000 euros para colectivos vulnerables y para mujeres y menores de 30 años en aquellos sectores con mayor índice de temporalidad, como la hostelería, el comercio y la construcción.

### **Decreto 1/2012, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Regulator de los Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida y se modifica el Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 19, de 30 de enero).**

El Decreto crea y regula los Registros públicos municipales de demandantes de vivienda protegida, donde podrán inscribirse las personas interesadas en acceder a esta oferta residencial.

Para inscribirse en el Registro y optar a una VPO se exige con carácter general no ser titular de otra vivienda protegida o libre, aunque se prevén excepciones si el adjudicatario posee una vivienda que ha dejado de ser habitable y ha sido declarada como infravivienda o en ruina; si la casa no se ajusta a sus circunstancias familiares, o si es titular por herencia o legado de un porcentaje inferior al 25%, siempre que su valor no exceda el 30% del precio máximo de venta fijado en ese municipio para una VPO de régimen general. Con carác-

ter transitorio, también se permite esa excepción a las víctimas de violencia de género o terrorismo.

El Reglamento establece que el Registro de demandantes es el sistema de selección de los beneficiarios, aunque reconoce a los ayuntamientos la posibilidad de utilizar otros procedimientos de elección para el realojo permanente o transitorio por actuaciones urbanísticas de rehabilitación o renovación urbana; para la adjudicación de viviendas y alojamientos a familias en riesgo de exclusión social, y para las VPO en alquiler destinadas a entidades sin ánimo de lucro.

Los registros municipales permiten caracterizar la demanda de vivienda protegida en función de las necesidades familiares: régimen de venta o alquiler, tipología de inmueble, superficie y distribución, entre otros. Los ciudadanos pueden solicitar una VPO hasta en tres municipios, especificando su localidad de preferencia. El 78,5% de la población andaluza –más de 6,6 millones de habitantes– reside en los 296 municipios donde ya están en funcionamiento estos registros. Hasta el momento, se han inscrito 93.517 solicitudes.

Por otro lado, se posibilita la realización de permutas entre viviendas protegidas, aunque la Junta de Andalucía renuncia al derecho de tanteo en estos casos, y se exime de la obligación de formalizar contratos de arrendamiento para las VPO cedidas a entidades públicas u organizaciones sin ánimo de lucro para su ocupación rotativa.

El Decreto introduce también novedades en el reglamento de vivienda protegida, vigente desde 2006. La principal está en consonancia con el ámbito competencial reconocido a los Municipios en la ley Andaluza de Autonomía Local, de modo que el Ayuntamiento pasa a ser la administración competente en la concesión de calificaciones provisionales y definitivas, trámites que con anterioridad realizaba la Junta de Andalucía.

### **Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 19, de 30 de enero).**

La finalidad de esta norma es establecer vías para la legalización o el reconocimiento de las edificaciones construidas en suelo no urbanizable en función de determinadas circunstancias físicas y jurídicas. El amparo legal de esta disposición en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) es más

que discutible, pues modifica el régimen legal sin el rango formal que hubiera sido requerido. No obstante, la casi coetánea reforma de la LOUA a la que luego nos referiremos, de alcance mucho más amplio que el objeto de este Decreto, ha prestado la cobertura legal requerida por una modificación del calado de la que este Decreto consagra subsanando esa inicial ilegalidad.

El Decreto distingue, a grandes rasgos, tres supuestos: las edificaciones aisladas, los asentamientos urbanísticos (parcelaciones con entidad suficiente como para necesitar dotaciones y servicios colectivos) y los denominados ámbitos de Hábitat Rural Diseminado (edificaciones con usos y actividades vinculadas al medio rural que también requieren de servicios públicos).

Respecto a las viviendas aisladas, se diferencian las que son legales o legalizables de las que son ilegales. En el caso de estas últimas, la norma introduce también la distinción entre aquellas en las que ha prescrito la posibilidad de ejercer acciones disciplinarias y otras donde dicha prescripción no puede darse por estar ubicadas en suelos protegidos o inundables o por no haber transcurrido el plazo de cuatro años exigidos para que la Administración actúe.

Las viviendas que puedan acogerse al procedimiento tendrán la posibilidad bien de obtener una licencia de ocupación; bien de un reconocimiento de acuerdo con la situación jurídica de “asimiladas a fuera de ordenación”, que les permita el mantenimiento de su estado y el acceso a servicios como los de suministro de luz y agua.

La licencia de ocupación la podrán obtener las edificaciones que se encuentren en conformidad con el planeamiento –tengan o no licencia urbanística– y reúnan unas condiciones mínimas de habitabilidad y seguridad; las que no son compatibles con el planeamiento pero lo fueron en el momento de su construcción, y todas aquellas que se edificaron antes de 1975 si mantienen el uso y las características tipológicas y no se encuentran en ruina. Esta licencia posibilita su inscripción en el Registro de la Propiedad y la prestación de servicios por parte de las compañías suministradoras.

Por su parte, el “reconocimiento asimilado a fuera de ordenación” se reserva para construcciones no adecuadas a la Ley y al planeamiento, que no pueden obtener licencia de ocupación y en las que ha prescrito la infracción. Este procedimiento, de competencia municipal, incluye tanto la prescripción como la tolerancia del uso si cumplen las exigencias de seguridad y habitabilidad; el acceso a los servicios de suministro al menos en régimen de autoabastecimiento, y la inscripción en el Registro de la Propiedad con esas condiciones.

Finalmente, para los asentamientos urbanísticos y los ámbitos de Hábitat Rural Diseminado, la norma remite al planeamiento municipal el establecimiento de las condiciones y procedimientos de legalización, siempre que los propietarios asuman los costes de urbanización e infraestructuras básicas.

**Decreto 5/2012, de 17 de enero, por el que se regula la autorización ambiental integrada y se modifica el Decreto 356/2010, de 3 de agosto, por el que se regula la autorización ambiental unificada (BOJA núm. 18, de 27 de enero).**

La Autorización Ambiental Integrada (AAI), creada por la Directiva europea de prevención y control de la contaminación, reúne en un solo trámite los diferentes permisos para empresas y centros productivos en materias como emisiones a la atmósfera, vertidos o residuos. Para actividades de menor entidad, la legislación establece el procedimiento simplificado de la Autorización Ambiental Unificada (AAU). El nuevo reglamento desarrolla lo previsto en la legislación autonómica de calidad ambiental para estas autorizaciones, que en Andalucía se implantaron legalmente en 2007.

Las industrias que requieren de la AAI son, entre otras, las energéticas, mineras, químicas y petroquímicas, textiles, papeleras, agroalimentarias, del cuero y de producción y transformación de metales. Asimismo, se incluyen las explotaciones ganaderas, los vertidos de saneamiento de aguas residuales urbanas de competencia municipal y las instalaciones de tratamiento y gestión de residuos.

Por ámbitos de aplicación, la AAI integra autorizaciones ambientales de aguas (permisos en dominio público hidráulico, vertidos y reutilización de aguas); aire (emisiones a la atmósfera y de gases de efecto invernadero); espacios naturales protegidos (actividades en estos enclaves y proyectos en suelos no urbanizables); litoral (uso en zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, vertidos en estas áreas y concesiones de ocupación); montes (usos y aprovechamientos de terrenos forestales, cambios de usos y ocupaciones y servidumbres); residuos (gestores y productores de residuos peligrosos, eliminación en vertederos y traslado de desechos fuera de Andalucía), y vías pecuarias (ocupación y usos complementarios y compatibles).

**Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, y se modifica el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética (BOJA núm. 24, de 6 de febrero).**

En este nuevo Reglamento se adoptan los distintos índices, límites y objetivos de calidad fijados en la normativa básica estatal, así como los métodos y procedimientos de evaluación de la contaminación acústica. También se establecen los criterios para determinar las áreas de sensibilidad acústica, las normas relativas a los equipos de medida y los plazos para que los instrumentos de planificación territorial y urbanística incluyan esta zonificación.

En cuanto al ámbito de aplicación del Reglamento, se aplicará a cualquier infraestructura, instalación, maquinaria o proyecto de construcción, así como a las actividades de carácter público o privado que se realicen en Andalucía y puedan producir ruidos o vibraciones. No obstante, se excluyen de su ámbito los comportamientos vecinales, las actividades domésticas y de la vía pública que quedarán reguladas por las correspondientes Ordenanzas Municipales de competencia local. Asimismo, quedan también excluidos la instalación y regulación de veladores y terrazas, el “botellón” y la contaminación acústica que pueda darse dentro de la actividad laboral, por contar con su propia normativa específica.

Respecto de los instrumentos para la evaluación y gestión de la calidad acústica se establecen, en primer lugar, las áreas de sensibilidad acústica, entendidas como aquellos ámbitos territoriales donde se pretenda que exista una calidad acústica homogénea. Dichas áreas serán determinadas por cada Ayuntamiento, teniendo en cuenta los usos predominantes del suelo, actuales o previstos. El texto recoge siete tipos de áreas: aquellas que están en silencio; sectores del territorio con predominio de suelo de uso sanitario, docente y cultural; los espacios naturales. Levemente ruidosa, sectores del territorio con predominio de suelo de uso residencial. Tolerablemente ruidosa, sectores del territorio con predominio de suelo de uso recreativo y espectáculos, así como suelo de uso turístico. Ruidosa, territorio de uso industrial y especialmente ruidosa, aquellas zonas afectadas por infraestructuras de transportes u otros equipamientos.

El segundo instrumento para evaluar la contaminación acústica son los mapas de ruido y planes de acción. Gracias a los primeros se determinarán las zonas acústicamente conflictivas y se realizarán predicciones globales de cada zona. Las zonas acústicas especiales que han de elaborar los Ayuntamientos constituyen un elemento fundamental de esta planificación, junto a las zonas de servidumbre acústica, que son las afectadas por el funcionamiento de las infraestructuras de transporte.

El Reglamento recoge también las normas de calidad acústica para el interior de las edificaciones, los valores límites de inmisión de ruido y vibraciones, los requisitos de aislamiento acústico y los equipos de medición de ruido.

En lo referente a las normas de prevención acústica, se establece como novedad la elaboración de estudios acústicos asociados a determinadas actividades o proyectos y a las infraestructuras de transporte. Para el control y la disciplina acústica el Reglamento recoge las inspecciones medioambientales; la instalación de los limitadores-controladores acústicos; las certificaciones de cumplimiento de la normativa de calidad; la responsabilidad de las entidades competentes para la emisión de los estudios y las certificaciones; así como el régimen disciplinario en materia de contaminación acústica.

### **Decreto 7/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos de Andalucía 2012-2020 (BOJA núm. 28, de 10 de febrero).**

Anualmente se generan en Andalucía 235.000 toneladas de residuos peligrosos. Este nuevo Plan de prevención y gestión pretende reducir la producción de este tipo de residuos en origen a través de la generalización de las medidas ecoeficiencia (producir más bienes con menos desechos) que ya aplican las grandes empresas. Asimismo se recogen propuestas para modificar las pautas de consumo, procesado y el diseño de los productos, así como incentivos y asesoramiento técnico a las empresas en materia de prevención, reciclado y uso de tecnologías limpias.

Respecto a la gestión, el Plan prevé reducir a la mitad el límite de 27.268 toneladas anuales fijado en el anterior Plan para las entradas de residuos peligrosos procedentes de fuera de Andalucía con destino a su eliminación directa en depósitos de seguridad. La medida pretende garantizar la vida útil de estas instalaciones y consolidar la autosuficiencia de la Comunidad Autónoma en este ámbito, ya que actualmente el 90% de sus residuos peligrosos se trata

en instalaciones de la región, mientras que el 10% se destina a otros territorios para su tratamiento final.

**Ley 1/2012, de 30 de enero, por la que se crea el Colegio Profesional de Periodistas de Andalucía (BOJA núm. 24, de 6 de febrero).**

La Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía establece en su artículo 10, en la redacción dada por la Ley 10/2011, de 5 de diciembre, los requisitos para la creación de nuevas corporaciones profesionales: Ley del Parlamento de Andalucía, a petición de las personas profesionales interesadas, siempre que se trate de una profesión que tenga titulación universitaria oficial y que quede acreditado en el expediente de creación la concurrencia de razones de interés público que justifiquen el carácter colegiado de la profesión.

Las Asociaciones de la Prensa de Andalucía, a través de la Federación de Asociaciones de la Prensa de Andalucía, solicitaron de la Administración autonómica la creación del Colegio Profesional de Periodistas, que integrará de forma voluntaria a los titulados en Periodismo (Real Decreto 1428/1991, de 30 de agosto, que establece el título universitario oficial de Licenciado en Periodismo y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél) y en Comunicación Audiovisual (Real Decreto 1427/1991, de 30 de agosto; la obtención de esa titulación) que deseen integrarse en el mismo para la defensa colectiva de los intereses corporativos y la promoción de la observancia de las reglas y del código deontológico de la profesión.

**Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (BOJA núm. 26, de 8 de febrero).**

En sus diez años de vigencia, la LOUA ha sido modificada en tres ocasiones. Las dos primeras mediante la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo, y la Ley 1/2006, de 16 de mayo, de modificación de la LOUA, de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía, y de la citada Ley 13/2005, de Vivienda Protegida y el Suelo, con el objetivo principal de vincular la construcción de vivienda protegida y la promoción de suelo, enfocando ésta, fundamentalmente, al aumento de la oferta de la primera. La tercera modificación, muy puntual, vino de la

mano de la Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad, que modificó la letra d) del apartado 2 del artículo 75, que regula el destino de los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo.

Esta cuarta modificación de al LOUA es, sin duda, la de más calado de todas, pues supone, en buena medida, un cambio de enfoque en el modelo urbanístico andaluz.

Ley se justifica formalmente, el primer término, por la necesidad de adaptar el Derecho urbanístico andaluz al Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, que derogó la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, que, a su vez, supuso una alteración sustancial del régimen del suelo establecido por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. En este contexto normativo básico, la primera necesidad de reforma de al LOUA viene motivada pro la conveniencia de adaptar el Derecho andaluz *“en aquellos elementos necesarios para hacer comprensible en su integridad la normativa urbanística de aplicación en nuestra Comunidad, respetando la legislación básica estatal de aplicación”*, como dice al Exposición de Motivos de esta Ley 2/2012.

La referida Ley estatal introdujo importantes novedades en el marco general de las políticas de ordenación urbanística, principalmente respecto a la participación pública en las plusvalías generadas por el planeamiento urbanístico, la evaluación de la incidencia de ulteriores actuaciones urbanísticas respecto del planeamiento general ya aprobado y la reserva de suelo para viviendas sujetas a un régimen de protección pública. La efectividad de parte de esta regulación se hizo depender de la adaptación de la respectiva legislación urbanística ya existente en el momento de su entrada en vigor, de ahí que la Ley estatal de Suelo entre sus previsiones estableciera un régimen transitorio para la efectividad de dichas novedades que tienen carácter básico. No obstante, esta reforma de la normativa estatal no suponía grandes novedades en relación con la legislación urbanística andaluza, dado que la mayor parte de las bases conceptuales de la nueva la legislación estatal ya estaban incorporadas al marco legislativo andaluz, por lo que no era necesaria una adaptación urgente, como sí requirieron otras Comunidades Autónomas.

Pero esta reforma va mucho más allá. En primer lugar, la Ley supone una vuelta de tuerca más en la concepción del urbanismo como una función pública. Así, se refuerza el control público de la ejecución urbanística; se generaliza el carácter público de las obras de urbanización, de manera que las ejecu-

tará la Administración, mediante financiación propia, de las personas propietarias, Junta de Compensación, o de un agente urbanizador; y se acentúan los principios de participación pública, transparencia y publicidad en los procedimientos de aprobación de los instrumentos de planeamiento.

En lo referente a la clasificación de suelo, el régimen del suelo urbano ve alterada su regulación en relación con el régimen del suelo urbano no consolidado, para integrar la regulación estatal en materia de las actuaciones de dotación, que en la lógica del modelo andaluz se identifica en esta clase de suelo con los incrementos de aprovechamiento atribuidos por el planeamiento respecto al aprovechamiento preexistente en el ámbito, que conlleva la implementación o mejora de dotaciones. Con este objetivo, se define el aprovechamiento preexistente y se establece el régimen jurídico de las cesiones de suelo en estos supuestos, así como la posibilidad de incrementar o disminuir el porcentaje de aprovechamiento que le corresponde a la Administración en función de las plusvalías generadas.

Uno de los objetivos más relevantes de la reforma, al amparo de la regulación de las actuaciones de dotación en la Ley estatal, es aportar nuevos instrumentos de impulso de operaciones de reforma, rehabilitación y mejora de equipamientos, y también de ejecución y consolidación en suelo urbano frente a la tendencia expansiva del suelo urbanizable que ha gobernado la regulación urbanística española de los últimos veinte años. A tal fin, la reforma regula una serie de instrumentos novedosos.

En primer lugar, para actuaciones en suelo urbano no consolidado de ámbito reducido establece los casos en los que la entrega de suelo para dotaciones y equipamientos puede ser sustituida por la entrega en metálico del valor de los citados suelos, así como las condiciones en que debe realizarse dicha aportación económica en el marco de una modificación del PGOU (no así de una revisión), lo que se presenta como solución donde las dotaciones y equipamientos necesarios para mantener la proporción con los usos lucrativos resultantes no tengan entidad suficiente para integrarse en la red de dotaciones del municipio. A tal efecto, se prevé la constitución de un depósito donde se integren las aportaciones económicas procedentes de las sucesivas modificaciones con idéntico alcance. De este modo, la suma de éstas dará lugar a una actuación con entidad suficiente, evitando así la sucesiva fragmentación de los espacios dotacionales y su localización en espacios residuales. El plazo máximo para invertir las cantidades depositadas y efectuar las reservas adecuadas que permitan obtener las correspondientes dotaciones y equipamientos es de tres años. Asimismo, para cuantificar las dotaciones y equipamientos que se van a reservar

y obtener de forma diferida mediante este procedimiento, se incorpora al PGOU un parámetro descriptivo de cuál es la media dotacional de cada Ordenanza de zona que, sin perjuicio de las reservas para espacios libres que hubiere que efectuar según la ratio por habitantes aplicable, será el parámetro que actúe como referencia en la exigencia de las dotaciones y equipamientos que se van a obtener.

Por otro lado, para permitir las actuaciones públicas dirigidas a dotar de dimensiones apropiadas a infraviviendas, se exceptúa de los parámetros de densidad y edificabilidad a estas actuaciones, considerándose adecuadas las que resulten de dotar a las viviendas de las dimensiones ajustadas. Asimismo, se contempla el incremento de edificabilidad con otros usos siempre que sea posible cumplir las reservas para las dotaciones legales.

En lo referente a vivienda protegida, y partiendo de las reservas establecidas pro la legislación andaluza preexistente (acogidas por la estatal), esta Ley conecta las previsiones del planeamiento urbanístico con la figura de los Planes Municipales de Vivienda y Suelo, que conforme a la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, deben elaborarse y aprobarse de forma coordinada con el planeamiento urbanístico general. Asimismo, se permite la compensación económica de la reserva de suelo, siempre y cuando se trate de ámbitos que tengan una densidad inferior a quince viviendas por hectárea y no se consideren aptos para la construcción de viviendas protegidas, y se justifique en el planeamiento general, de acuerdo con las previsiones de los Planes Municipales de Vivienda y Suelo, o en la revisión del mismo, que la disponibilidad de suelo calificado para éstas es suficiente para abastecer las necesidades de la población del municipio. De esta forma, se facilita la reconducción a la legalidad urbanística de aquellos asentamientos urbanísticos surgidos al margen de planeamiento urbanístico municipal cuando proceda su incorporación al mismo.

Otra de las medidas de flexibilización es la referida a la determinación sobre la densidad de vivienda. Aquí se prevé que los Planes Generales de Ordenación Urbanística establezcan como determinación estructural una horquilla de densidad en varios tramos, permitiendo que la fijación exacta del número de viviendas sea una determinación pormenorizada y, por tanto, de competencia municipal. De esta manera, se posibilita que el Plan General contenga el modelo de ciudad que se propone desde el momento de su aprobación, y ello permite su conocimiento tanto por el resto de Administraciones que deben proporcionar los servicios y dotaciones como por los operadores y particulares que participen en su ejecución.

El aumento de la densidad de vivienda, sin alterar la edificabilidad, es una cuestión trascendente que tiene una repercusión urbanística, social y económica muy relevante. En este punto, la Ley dispone, con carácter transitorio, que hasta tanto los vigentes PGOU se adecuen a esta modificación, los aumentos o disminuciones de la densidad de viviendas ya aprobados, que no superen el veinte por ciento, se considerarán modificaciones de la ordenación pormenorizada.

En relación con la específica regulación que la Ley de Suelo estatal establece de los criterios de sostenibilidad, se establecen en esta ley los límites de crecimiento urbano del planeamiento urbanístico municipal que conlleven la necesidad de aprobar la revisión del planeamiento general de ordenación urbanística. Asimismo, se introduce como contenido documental propio de los instrumentos de planeamiento el informe de sostenibilidad económica.

A estos objetivos se añade la incorporación de determinaciones puntuales en materia de disciplina urbanística, con el fin de facilitar la aplicación práctica de la Ley por parte de las Administraciones Públicas. A tal efecto, y para amparar las medidas del Decreto 2/2012, de 10 de enero, que antes comentábamos, la Ley sienta que la aprobación del instrumento de planeamiento que contenga determinaciones que supongan la incorporación al proceso urbanístico de actuaciones irregulares no conllevará por sí misma la efectiva legalización de éstas, sino que será necesario el completo cumplimiento de los deberes y cargas que dicho instrumento contenga. Esto supone la aplicación del principio de cumplimiento por equivalencia en los supuestos que exista una resolución firme de restauración de la realidad física alterada. Asimismo se especifica el tratamiento que debe darse a las edificaciones construidas al margen de la legalidad para las que no sea posible adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística, ampliando los plazos de prescripción para la adopción de medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad física alterada. También se regula para esta clase de suelo el régimen urbanístico aplicable a las edificaciones que, por su antigüedad, deben asimilarse a las edificaciones construidas con licencia municipal, siempre que reúnan ciertas condiciones.

En otro orden de consideraciones, la Ley contempla la posibilidad de constituir un órgano colegiado autonómico, cuya regulación se desarrollará reglamentariamente, que represente a los distintos órganos y entidades representativas que participan en la tramitación del planeamiento urbanístico. La creación de este órgano responde a la necesidad de impulsar la emisión de los informes preceptivos de las Administraciones y organismos públicos, el estable-

cimiento de criterios comunes respecto de los requisitos documentales del instrumento de planeamiento para la emisión de los distintos informes, y del alcance de los pronunciamientos, que deberán ser congruentes con los intereses públicos gestionados por cada uno de ellos. Asimismo, este órgano servirá de marco técnico para la colaboración y cooperación interadministrativa en la formulación, redacción y tramitación del planeamiento urbanístico. Finalmente, la aprobación de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, justifica una remisión a la misma en la regulación de los consorcios y gerencias urbanísticas constituidos por dichas entidades locales.

**Decreto 16/2012, de 7 de febrero, por el que se regula la gestión y transferencia de los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación cuya titularidad corresponda a las agencias y a las demás entidades instrumentales dependientes de la Consejería competente en materia de salud (BOJA núm. 35, de 21 de febrero).**

El Decreto regula la propiedad intelectual e industrial en materia de salud con el fin de uniformar, proteger y fijar el reparto de los beneficios de la investigación que desarrollan los profesionales del sistema sanitario público andaluz. La norma es aplicable al personal estatutario, laboral o investigador en formación de las agencias y demás entidades instrumentales dependientes de la Consejería competente en materia de salud que desarrolle su trabajo utilizando los recursos de cualquier centro público de la Administración sanitaria.

**Decreto 23/2012, de 14 de febrero, por el que se regula la conservación y el uso sostenible de la flora y la fauna silvestres y sus hábitats (BOJA núm. 60 de 27 de marzo).**

Esta norma se suma a los Reglamentos vigentes en materia de protección de aves en tendidos eléctricos y caza y pesca continental, completando el desarrollo de la Ley andaluza 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y la Fauna Silvestres. Entre otras medidas, el Decreto establece fórmulas de colaboración público-privada en la conservación de la biodiversidad; regula el acceso con fines de estudio e investigación a las colecciones científicas públicas de flora y fauna; crea un inventario especial para los corredores ecológicos, y amplía el Catálogo Andaluz de Especies Amenazadas.

Respecto a la colaboración público-privada, el Decreto asienta el modelo convencional impulsado en los últimos años por la Consejería de Medio Am-

biente, que actualmente se concreta en 547 convenios con particulares y propietarios de fincas y en la realización de proyectos de protección de hábitats y especies en más de 223.000 hectáreas de la Comunidad Autónoma.

Respecto a la conservación de los hábitats, la principal novedad es la creación del Inventario de Corredores Ecológicos Prioritarios, que conllevará un régimen de protección específico para aquellas áreas que conectan distintos espacios naturales y evitan el aislamiento de las especies.

En cuanto al régimen especial de protección, el Decreto amplía el Catálogo Andaluz de Especies Amenazadas para adaptarlo a la nueva normativa básica estatal, sobre todo en lo referente a hongos e invertebrados. De este modo, el inventario pasa de 501 a 717 especies (423 de fauna, 278 de flora y 16 de hongos). De ellas, 272 presentan algún tipo de amenaza y se catalogan como extintas, en peligro de extinción o vulnerables, mientras que las otras 445 cuentan con medidas especiales de protección por su interés o por su sensibilidad a la alteración de sus hábitats. Asimismo, se regulan los planes de recuperación y conservación de estas especies. Por otro lado, se sistematiza y regula la protección de los árboles y arboledas singulares de especial interés para el mantenimiento de la biodiversidad.

**Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 46, de 7 de marzo).**

El Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar en Andalucía regula este procedimiento extrajudicial y gratuito de resolución de conflictos entre miembros de una familia a través de la intervención de profesionales especializados. De acuerdo con el mismo, pueden acogerse voluntariamente a esta figura las personas casadas, parejas de hecho, parejas sin vínculo legal pero con hijos comunes y familiares hasta el tercer grado de consanguinidad. El procedimiento también está abierto a personas adoptadas o acogidas y sus familias biológicas, adoptivas o acogedoras, así como a aquellas que ejercen tutela sobre menores y sobre personas con discapacidad intelectual.

Los conflictos que pueden ser objeto de mediación son las separaciones, divorcios o disoluciones de parejas de hecho; cuestiones relativas al derecho de alimento y cuidado de personas en situaciones de dependencia; relaciones de menores con sus parientes, tutores o guardadores, y ejercicio de la patria po-

testad o tutela. La mediación queda expresamente excluida en situaciones en las que exista violencia o maltrato sobre la pareja, hijos o cualquier otro miembro de la familia.

Los trámites se inician a instancia de las partes interesadas, bien por iniciativa propia o mediante propuesta del órgano judicial de los servicios públicos competentes. La norma establece un plazo de tres meses, desde la fecha de registro de la solicitud, para dictar y notificar la resolución.

Los profesionales facultados para ejercer la mediación han de poseer una titulación universitaria en disciplinas de Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social. Además, se exige una formación específica de postgrado con una duración mínima de 300 horas, así como la acreditación de formación continua periódica. Estos profesionales quedan inscritos en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía y podrán acogerse a un sistema de turnos para participar en los procesos. Este registro incluye tanto a mediadores como a equipos de mediadores.

### **Decreto 35/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público de Viajeros y Viajeras en Automóviles de Turismo (BOJA núm. 49, de 12 de marzo).**

Este Reglamento regirá al actividad de los casi 10.000 taxis que actualmente operan en la Comunidad Autónoma.

En lo que hace a las licencias, el Decreto establece la vinculación de la licencia a una sola persona y a un solo vehículo, de modo que el titular no podrá arrendarla, cederla o transmitirla. Por otra parte, la adjudicación de las licencias se realizará por concurso y sólo las personas físicas podrán ser titulares. En los municipios de más de 5.000 habitantes, se exige también dedicación plena y exclusiva a la profesión.

El Reglamento regula la figura del área territorial de prestación conjunta, que permite a los taxistas ofrecer sus servicios en cualquiera de los municipios que la integran. Para su creación será necesario el acuerdo de al menos las dos terceras partes de los municipios, que a su vez deben representar un mínimo del 75% de la población total del área.

En cuanto a las exigencias técnicas de los vehículos, la norma establece un criterio único para toda la flota en la Comunidad Autónoma. Entre otros re-

quisitos, los taxis no deberán tener más de dos años de antigüedad en el momento de la obtención de la licencia. Por regla general dispondrán de cinco plazas, aunque se podrán autorizar turismos de hasta nueve en localidades costeras y con poblaciones dispersas en sus términos municipales; zonas rurales con baja densidad de población, y municipios de menos de 10.000 habitantes que no pertenezcan a un área de prestación conjunta.

Asimismo, el reglamento obliga a contar con taxímetro a los turismos que presten servicio en los municipios de más de 10.000 habitantes y establece un plazo de 24 meses para su instalación. Otra novedad en el capítulo técnico es la exigencia de una adaptación progresiva de los vehículos para transportar a personas con discapacidad. Para el año 2017, al menos el 5% de la flota de cada municipio deberá estar adaptada a este uso.

Respecto al régimen tarifario, se mantiene la competencia de los Ayuntamientos para fijar los precios en los trayectos urbanos y de la Administración autonómica en los interurbanos, conjugando criterios de calidad del servicio y amortización y beneficio empresarial. Además, el reglamento permite a los ayuntamientos establecer tarifas en los servicios con origen y destino en puntos específicos de gran generación de transportes de personas, como aeropuertos, puertos y estaciones ferroviarias y de autobuses.

Una última novedad destacada del reglamento es la constitución del Consejo Andaluz del Taxi, órgano consultivo en el que estarán presentes las asociaciones más representativas de esta actividad y que permitirá a sus profesionales participar en la ordenación del servicio público. Esta decisión da respuesta a una reivindicación muy demandada por el sector, que hasta ahora no estaba representado en el Consejo Andaluz de Transportes.

### **Decreto 59/2012, de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía (BOJA núm. 59, de 26 de marzo).**

El registro de voluntades vitales de Andalucía cuanta con 22.934 testamentos, tiene por objetivo la custodia, conservación y accesibilidad de las declaraciones de voluntad vital anticipada emitidas en la Comunidad. En este documento, los ciudadanos pueden dejar constancia de qué actuaciones, dentro de la legalidad vigente, quieren que se tomen llegada el momento en el que se deban adoptar decisiones sobre su situación sanitaria y no lo puedan manifestar por sí mismos.

El objetivo principal de esta modificación del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas es incrementar los puntos de registro del testamento vital para acercarlos a todos los usuarios. El compromiso de la Consejería de Salud es habilitar antes del primer trimestre de 2013 treinta puntos nuevos que se sumarán a los ocho existentes actualmente en las delegaciones provinciales de Salud. De esta forma se pretende que el Registro esté disponible en un traslado en coche a menos de media hora del 91,2<sup>o</sup>% de la población andaluza.

El nuevo Decreto amplía también el deber de los profesionales sanitarios encargados de la atención de consultar el Registro y el contenido de la declaración y otorga facultades al personal de salud para realizar la verificación de la capacidad y los requisitos formales de la declaración.

El Decreto establece también que el testamento vital estará vinculado a la historia clínica del paciente, lo que operará en la práctica como una vía más de consulta por parte de los sanitarios.

**Decreto 64/2012, de 13 de marzo, por el que se regulan las jornadas y horarios de las actividades de marisqueo y pesca profesional y el sistema de localización y seguimiento de embarcaciones pesqueras andaluzas (BOJA núm. 59, de 26 de marzo).**

El Sistema de Localización y Seguimiento de Embarcaciones Andaluzas (Slsepa), es una herramienta de gestión y seguimiento pesquero que desde 2004 se instala en las embarcaciones que faenan en la reserva del Guadalquivir y en los caladeros del Golfo de Cádiz y del Estrecho de Gibraltar. La pretensión de de esta norma es extender el sistema a toda la flota pesquera andaluza.

El Slsepa contempla la instalación de la denominada “caja verde”, que es un sistema de localización vía satélite que permite conocer en tiempo real la actividad de la flota para mejorar la gestión sostenible de los recursos, controlar el cumplimiento de las restricciones en zonas protegidas y reforzar la seguridad en casos de rescate. El funcionamiento del Slsepa se basa en la transmisión de datos de identificación y localización –posición geográfica, rumbo y velocidad– suministrados por los satélites GPS. Esta información, que se procesa e interpreta en un centro de control de la Consejería de Agricultura y Pesca, permite asegurar el cumplimiento de la normativa e incorporar mecanismos de alerta para la inmediata conexión con los servicios de emergencias 112.

El Decreto remite a posteriores órdenes de desarrollo el calendario para la

incorporación de los 1.095 barcos que actualmente carecen de esta herramienta, fundamentalmente del caladero del Mediterráneo.

**Decreto 60/2012, de 13 de marzo, por el que se regulan los establecimientos y servicios biocidas de Andalucía y la estructura y funcionamiento del Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de Andalucía (BOJA núm. 60 de 27 de marzo).**

Los establecimientos biocidas fabrican, envasan, almacenan o comercializan preparados destinados a destruir o neutralizar organismos nocivos por medios químicos o biológicos, mientras que los servicios son aquellos que los aplican. Lo que esta norma hace es modificar el Decreto regulador de estas actividades, vigente desde 2007, para adaptarlas a la Directiva europea de servicios en el mercado interior.

De acuerdo con esta modificación, las empresas podrán obtener la autorización sanitaria sin adjuntar la licencia municipal de apertura o la resolución de inscripción en el Registro Oficial de otra comunidad autónoma.

Por otra parte, tanto la inscripción en el Registro Oficial como la autorización sanitaria se otorgarán por tiempo indefinido. Sólo se anularán si la Administración comprueba el cese permanente de la actividad durante un año.

Finalmente, se establece que los servicios biocidas que no tengan sede en Andalucía, siempre que estén inscritos en el Registro de su Comunidad Autónoma, no tendrán que tramitar autorización ante al Junta de Andalucía (como antes precisaban) y sólo deberán comunicar a la Administración su actividad en el plazo de tres meses desde su inicio. Las empresas que pretendan aplicar biocidas catalogados como muy tóxicos avisarán con al menos veinte días de antelación del comienzo de su actividad.

**Decreto 61/2012, de 13 de marzo, por el que se regula el procedimiento de la autorización sanitaria de funcionamiento y la comunicación previa de inicio de actividad de las empresas y establecimientos alimentarios y se crea el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía (BOJA núm. 60 de 27 de marzo).**

Es otra modificación reglamentaria en el marco de la adaptación a al Di-

rectiva de servicios. En este caso del procedimiento de la autorización sanitaria de funcionamiento y la comunicación previa de inicio de actividad de empresas y establecimientos alimentarios, que son definidos pro el Decreto como toda firma pública o privada, con o sin fines lucrativos, que lleve a cabo alguna actividad relacionada con cualquiera de las etapas de la producción, la transformación y la distribución de alimentos. Los establecimientos quedan definidos como aquellas instalaciones destinadas a productos alimenticios y pertenecientes a una empresa de este sector

Para este tipo de establecimientos se crea un Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de carácter público que estará gestionado de forma descentralizada en los Distritos Sanitarios o Áreas de Gestión Sanitaria. La inscripción en este censo será obligatoria en el supuesto de instalaciones y firmas dedicadas exclusivamente a la manipulación, transformación, envasado, almacenamiento y venta o entrega de alimentos al consumidor. Quedan excluidos de al obligación de inscripción los establecimientos minoristas que cuentan con su propio registro.

Para el inicio de actividad, las empresas sólo tendrán que remitir una comunicación previa a la Consejería de Salud, mientras que la autorización sanitaria se restringe a aquellas dedicadas a productos de origen animal.

### **Decreto 62/2012, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por Decreto 95/2001, de 3 de abril (BOJA núm. 60 de 27 de marzo).**

Esta modificación del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria persigue conciliar el crecimiento urbanístico de estas localidades con las garantías de salud pública.

Hasta ahora, los cementerios debían estar ubicados en terrenos permeables, contar con una zona de protección de 50 metros de anchura libre de toda construcción y, a partir de ésta, una segunda con anchura mínima de 200 metros que no puede destinarse a uso residencial. Frente a este régimen general, esta norma admite que los municipios pequeños con singulares condiciones de emplazamiento y dispersión puedan reducir a 25 metros la distancia de protección entre el cementerio y el suelo residencial, previo informe vinculante de impacto en salud.

Junto a esta modificación puntual, se adaptan los tanatorios a los avances tecnológicos del sector. En este sentido, se elimina la obligación de que los edi-

ficios en los que se ubiquen estén aislados, aunque seguirán siendo de uso exclusivo, salvo que sean tanatorios–crematorios, en cuyo caso rigen los requisitos que actualmente se fijan para los crematorios.

**Decreto 65/2012, de 13 de marzo, por el que se regulan las condiciones de sanidad y zootécnicas de los animales (BOJA núm. 60 de 27 de marzo).**

Se trata de una regulación clave para el sector ganadero, que hasta ahora se regía por la legislación básica estatal en los ámbitos de vigilancia epidemiológica; prevención y erradicación de enfermedades; programas sanitarios; bienestar animal y núcleos zoológicos. Junto con ello, este Decreto actualiza la normativa andaluza relativa a movimiento pecuario, Agrupaciones de Defensa Sanitaria (ADGS) y establecimientos de cría y usuarios de animales de experimentación.

Entre las novedades del Decreto destaca la creación del Sistema de Vigilancia Epidemiológica de Animales en explotaciones ganaderas y de compañía de Andalucía, que a su vez conlleva la constitución de una red sanitaria veterinaria con recursos tanto públicos como privados. Este sistema tendrá funciones de recogida de datos, análisis de los mismos y difusión de información y recomendaciones. Su desarrollo complementará el Plan Andaluz de Vigilancia Epidemiológica, dispositivo de prevención, diagnóstico, seguimiento e investigación que la Junta desarrolla para la detección precoz y la disminución de la incidencia de las enfermedades animales, con 30.000 controles y 10 millones de análisis de muestras al año.

Asimismo, el Decreto crea el Registro Único de Ganadería de Andalucía, en el que se integran como secciones los registros que actualmente funcionan para las ADGS, transportistas y explotaciones y en el que, además, se incorporan otras sobre movimiento de ganado, identificación individual de animales, centros de limpieza y desinfección de vehículos de transporte, centros y equipos de recogida, almacenamiento y distribución de material genético para reproducción animal y agentes certificadores.

La norma agiliza el régimen de las llamadas guías de traslado, que en Andalucía alcanzan una cifra anual de alrededor de 300.000, y que ya no se exigirán en los casos de movimientos en explotaciones ganaderas del mismo titular y el mismo término municipal calificadas sanitariamente; de équidos dentro de Andalucía sin cambio de titularidad y con retorno a la finca de origen en menos de diez días, y de aves de corral para exposiciones y concursos den-

tro de la Comunidad. En el caso de concentraciones de animales procedentes de distintas explotaciones, con ocasión de eventos como ferias de ganado o romerías, la autorización administrativa se sustituye por una comunicación dirigida a la Delegación Provincial de Agricultura.

Otra medida novedosa es la consolidación de la Escuela de Pastores de Andalucía, una iniciativa de las Consejerías de Agricultura y Medio Ambiente que hasta ahora se ha desarrollado de forma experimental y que, tras dos ediciones, se formaliza como un programa formativo específico.

Finalmente, el Decreto también simplifica los procedimientos de autorización de núcleos zoológicos, parques zoológicos, colecciones científicas y centros de conservación, recuperación y reintroducción de especies silvestres. Las personas interesadas en tener estas instalaciones ya no tendrán que dirigirse a dos administraciones, ya que se suprime el requisito referido a la Consejería de Agricultura y Pesca. A partir de ahora, el trámite sólo se llevará a cabo ante los Ayuntamientos en el caso de los núcleos zoológicos (dedicados a venta, adiestramiento y cuidado de animales de compañía) y ante la Consejería de Medio Ambiente en el resto de instalaciones.

**Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior; Decreto Legislativo 2/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Ambulante; y Decreto Legislativo 3/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía (BOJA núm. 63, de 30 de marzo).**

El 20 de marzo, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó simultáneamente estos tres Decretos legislativos para la refundición de las leyes reguladoras de la actividad comercial en Andalucía: la Ley 1/1996, del Comercio Interior de Andalucía; la 3/1992, de Ferias Comerciales Oficiales, y la 9/1988, del Comercio Ambulante, que ahora se articulan como textos normativos consolidados con la incorporación de las modificaciones aprobadas en los últimos años.

Se recordará brevemente que los cambios más significativos en la legislación comercial andaluza se produjeron en 2009 con motivo de la adaptación a la Directiva europea de servicios en el mercado interior. En líneas generales, estas modificaciones han supuesto la simplificación de trámites y procedimientos; la sustitución de la autorización administrativa previa por declaraciones res-

pensables o comunicaciones; la supresión de requisitos, y la garantía de libre acceso para prestadores de servicios ya establecidos en cualquier estado de la Unión Europea.

En el caso de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, la planificación ligada a la autorización previa de grandes superficies comerciales pasó a regirse por criterios territoriales, urbanísticos y medioambientales, frente a la anterior medición de la oferta y la demanda. La transposición de la Directiva europea implicó también la delegación a favor de los ayuntamientos de las licencias autonómicas para grandes superficies superiores a 2.500 metros cuadrados, además de la agilización de los procedimientos administrativos.

La modificación de la Ley de Ferias Comerciales Oficiales conllevó la desaparición de la autorización previa para la celebración de eventos de este tipo y de la exclusividad de las instituciones feriales oficiales como organizadoras en sus respectivas provincias. Además, se suprimió el requisito de aprobación por parte de la Junta de Andalucía de los estatutos de estas entidades, así como la participación de las administraciones en sus órganos de gobierno.

Finalmente, en el ámbito del comercio ambulante, se suprimió la obligatoriedad de la inscripción en el registro general de esta actividad, para cuyo ejercicio es suficiente una autorización municipal.

### **Decreto 68/2012, de 20 de marzo, de Ordenación del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 68, de 9 de abril).**

La pretensión de esta disposición es que la edición electrónica del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) tenga carácter oficial y no sólo informativo, como hasta ahora, y que –al igual que sucedió con el BOE– se suprima la versión en papel del BOJA.

De acuerdo con este objetivo, la versión impresa se mantendrá durante seis meses conservando su valor oficial, si bien prevalecerá el contenido de la digital en caso de discrepancia. Tras este periodo, sólo se publicará la edición electrónica.

El Decreto establece garantías de fiabilidad y fehaciencia de la edición electrónica del BOJA fijando dispositivos de seguridad. Asimismo se regulan las condiciones de consulta por personas con discapacidad o edad avanzada a través de sus oficinas de información y atención a la ciudadanía, las bibliotecas públicas y la Red de Acceso Público a Internet.



## Otras disposiciones de interés para la Comunidad Autónoma

**Orden de 13 de diciembre de 2011, por la que se prorroga la vigencia de los Planes Rectores de Uso y Gestión de los Parques Naturales Sierra de las Nieves, Sierra de Andújar y Sierras Subbéticas, aprobados por Decreto 344/2003, de 9 de diciembre, Decreto 354/2003, de 16 de diciembre, y Decreto 4/2004, de 13 de enero, respectivamente (Boletín número 7 de 12/01/2012).**

Estando próximo a concluir, en los tres casos, el período de vigencia de los citados planes, la Consejería de Medio Ambiente ha iniciado los trabajos necesarios para disponer, en el menor período de tiempo posible, de nuevos instrumentos de planificación que sustituyan a los anteriores. Hasta que se culmine el proceso de aprobación de los nuevos Planes Rectores de Uso y Gestión se procede, a través de la presente Orden, a prorrogar la vigencia de los Planes vigentes.

**Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la prórroga hasta 2014 del Modelo de Financiación de las Universidades Públicas de Andalucía (Boletín número 8 de 13/01/2012).**

En la «Actualización del Programa de Estabilidad de España 2011-2014» se establece la estrategia global para salir de la crisis y sentar las bases de un crecimiento robusto y equilibrado a medio plazo, basada en una consolidación fiscal, y en una serie de reformas estructurales encaminadas a fomentar la mejora de la competitividad de la economía. Como consecuencia de ello, la ejecución de las políticas de financiación universitaria durante dichos ejercicios estará fuertemente condicionada. Así pues, la perspectiva para las políticas universitarias hasta 2014, es de estabilidad y racionalización. Ante esta situación es razonable plantear una prórroga del Modelo de Financiación hasta el citado año, aprovechando este período para afrontar las reformas estructurales y las mejoras en la gestión necesarias para la modernización e internacionalización del Sistema Universitario Andaluz.

**Acuerdo de 27 de diciembre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se formula la revisión del Plan de Infraestructuras para la Sostenibilidad del Transporte en Andalucía (Boletín número 8 de 13/01/2012).**

La revisión del Plan viene requerida por la necesidad de ajustar sus contenidos al contexto económico y financiero que se ha conformado después de su aprobación. El documento debe actualizarse y adaptarse a la nueva situación y, de manera muy especial, debe reforzar su compromiso con las nuevas orientaciones establecidas por el Gobierno de la Junta de Andalucía en materia de integración ambiental y sostenibilidad y cambio del modelo productivo, convirtiéndose así en uno de los elementos fundamentales del proyecto Andalucía Sostenible.

Por otro lado, la experiencia que se deduce de su ejecución durante los cuatro últimos años ha puesto de manifiesto la validez de todos ellos, por lo que se considera conveniente mantenerlos. Por tanto, las modificaciones que se introducirán quedarán acotadas, principalmente, a las que se deriven de la disponibilidad de recursos en los próximos ejercicios y de la ampliación del año horizonte hasta 2020.

Junto a estas modificaciones resulta necesario, que el Plan profundice en algunas cuestiones, que ya están contempladas en el Plan actual, pero para las que el nuevo contexto social y económico exige una atención preferente. Son, por una parte, los retos asociados con la sostenibilidad del sistema productivo andaluz y con el papel que debe desempeñar el transporte en el proyecto Andalucía Sostenible y, por otra, las cuestiones relacionadas con la financiación de las infraestructuras y la responsabilidad que en ella deben asumir los instrumentos de colaboración público-privada.

Por todo ello, procede la formulación de la revisión del Plan de Infraestructuras para la Sostenibilidad del Transporte como Plan con Incidencia en la Ordenación del Territorio de los establecidos en la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, incorporando en el procedimiento de elaboración del Plan lo establecido en la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, para la evaluación ambiental de Planes y Programas.

**Orden de 29 de diciembre de 2011, por la que se regula el aprovechamiento de la biomasa forestal con destino energético (Boletín número 12 de 19/01/2012).**

La producción de biomasa forestal presenta un gran interés desde los puntos de vista ambiental, económico y social. Así, contribuye a reducir las emisiones de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) y la cantidad de combustible existente en los montes, disminuyendo el riesgo de incendios forestales. Además, el uso de la biomasa como fuente de energía aminora nuestra dependencia energética exterior, complementa a otras energías renovables aportando seguridad energética, y en el caso particular de la biomasa forestal, su extracción de terrenos forestales junto con el establecimiento y desarrollo de instalaciones industriales transformadoras constituye una potente herramienta de generación de empleo en zonas rurales.

La extracción de biomasa en forma de madera, leñas y otros productos ha sido y es un aprovechamiento tradicional en nuestros montes. Cuando se realiza de forma racional, se garantiza la perdurabilidad del recurso y la compatibilidad con el resto de bienes y servicios generados por los ecosistemas forestales.

Este uso de la biomasa forestal como fuente de energía térmica cobra en la actualidad un fuerte impulso, al tratarse de una fuente de energía natural renovable fácilmente transformable en energía térmica y/o eléctrica, como pone de relevancia su inclusión en el Plan de Acción Nacional de Energías Renovables de España (PANER) 2011-2020 y en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

El elevado interés que suscita el uso de la biomasa como fuente de energía renovable y su inclusión en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que establece un sistema de primas económicas al uso como combustible principal de biomasa forestal para la producción de energía, han supuesto la creación de un mercado cuya base es el aprovechamiento de la biomasa forestal, por lo que se hace necesaria la regulación específica de su aprovechamiento como recurso natural renovable en los terrenos forestales, dentro del ámbito de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía, y en el contexto del citado Real Decreto, definiendo y delimitando el aprovechamiento de biomasa forestal y clarificando el régimen de autorizaciones requerido de acuerdo con la normativa forestal junto con otros aspectos conexos.

**Decreto 4/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía (Boletín número 17 de 26/01/2012).**

La Agencia Tributaria de Andalucía se creó como agencia de régimen especial para realizar, en régimen de autonomía de gestión, las actividades administrativas de aplicación de los tributos y las demás funciones y competencias referidas en el artículo 6 de su Ley de creación. El presente Decreto sustituye al Decreto 324/2009, de 8 de septiembre, por el que se aprobó el Estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía.

**Decreto 7/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos de Andalucía 2012–2020 (Boletín número 28 de 10/02/2012).**

El nivel de desarrollo de la sociedad va unido a una demanda creciente de productos y servicios que inexorablemente lleva aparejada la producción de residuos, en general, y de residuos peligrosos en particular. En este sentido y aunque la mayor parte de la generación se concentra en lugares muy localizados de la Comunidad, se produce, sin embargo una afección a todo el territorio por su movilidad hacia los distintos puntos de tratamiento.

Hasta el momento, el Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos 2004-2010, aprobado por Decreto 99/2004, de 9 de marzo, ha permitido avanzar en políticas de prevención; de control de la producción, posesión y gestión de los residuos; y de participación de los diferentes agentes sociales y económicos, tanto públicos como privados.

Sin embargo, la necesidad de definir una nueva planificación al alcanzar el fin de su horizonte temporal, unida a la evolución experimentada en estos últimos años por la política ambiental, que se ha materializado en el ámbito de los residuos con la aprobación de la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril, relativa a los residuos y la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas y la aprobación de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental han motivado la formulación de un nuevo Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos.

**Decreto 14/2012, de 31 de enero, por el que se crea la Comisión de Autoridades Competentes de las demarcaciones hidrográficas de las cuencas intracomunitarias situadas en Andalucía y se regula su organización, funcionamiento y atribuciones (Boletín número 28 de 10/02/2012).**

Las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias, cuyo ámbito territorial fue fijado mediante el Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, disponen de un órgano de cooperación denominado Comité de Autoridades Competentes, cuya composición, funcionamiento y atribuciones se halla regulado por Real Decreto 126/2007, de 2 de febrero.

Las demarcaciones hidrográficas que incluyen las cuencas intracomunitarias andaluzas han sido determinadas en el Decreto 357/2009, de 20 de octubre, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas de las cuencas intracomunitarias situadas en Andalucía. De acuerdo con el citado Decreto las demarcaciones hidrográficas que incluyen las cuencas hidrográficas cuyas aguas transcurren exclusivamente por territorio andaluz son: Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, Demarcación Hidrográfica del Guadalete y Barbate y Demarcación Hidrográfica del Tinto, Odiel y Piedras.

La Comisión de Autoridades Competentes se concibe como un órgano de cooperación entre las Administraciones estatal, local y autonómica para garantizar la aplicación de las normas de protección de las aguas en el ámbito territorial de Andalucía. La presidencia corresponde a la persona titular de la Consejería de Medio Ambiente al ser en la Comunidad Autónoma de Andalucía la Administración hidráulica en las demarcaciones hidrográficas de las cuencas intracomunitarias.

**Acuerdo de 14 de febrero de 2012, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Medio Ambiente de Andalucía Horizonte 2017(Boletín número 38 de 24/02/2012).**

Finalizado el período de vigencia del 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 en el ámbito internacional como en el 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 elabo-

ró el Plan de Medio Ambiente de Andalucía 2004-2010, que fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 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.

Por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 7 de junio de 2011, se acuerda la formulación del Plan de Medio Ambiente de Andalucía Horizonte 2017. En el procedimiento seguido para la elaboración del referido Plan se ha dado cumplimiento a los trámites de información pública y consulta previstos en el punto Cuarto de dicho Acuerdo, que regula el procedimiento de elaboración y tramitación del Plan.

La nueva planificación medioambiental para el horizonte temporal del año 2017 se ha basado en un proceso exhaustivo de estudio y examen de la situación ambiental, así como en la evaluación del Plan hasta ahora vigente. Asimismo, se han tenido 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 de forma eficaz las diferentes propuestas de actuación. Como resultado, se establecen como principios orientadores de la nueva planificación: la urgente necesidad de poner freno al cambio climático, la reforma de la gobernanza con el objetivo final de conectar las instituciones y poderes públicos con los ciudadanos, el desarrollo socioeconómico, desde una percepción del medio ambiente como motor de desarrollo socioeconómico y reconociendo su potencialidad como yacimiento de empleo y el paisaje, ya que su compleja realidad y diversidad de elementos que lo conforman hacen necesario su tratamiento de una forma integral.

Se establecieron así las bases para un debate entre los agentes implicados e interesados, representados en el Consejo Andaluz de Medio Ambiente y en el Comité de Acciones Integradas para el Desarrollo Sostenible.

En este sentido, la Consejería de Medio Ambiente elabora el Plan de Medio Ambiente de Andalucía Horizonte 2017 con el objetivo adaptar la política medioambiental andaluza a las nuevas directrices y estrategias en las materias emanadas desde los diferentes ámbitos de decisión de política medioambiental, así como contemplar las incidencias derivadas de los cambios ecológicos y socioeconómicos que afecten a los contenidos y prioridades ambientales, a fin de adaptar los objetivos futuros en este ámbito a las circunstancias ambientales, económicas y a las demandas actuales de la sociedad.

**Decreto 52/2012, de 29 de febrero, por el que se regula el Observatorio del Agua de Andalucía (Boletín número 50 de 13/03/2012).**

La participación activa de los usuarios del agua incluye además de los usuarios y gestores, a los agentes económicos y sociales, consumidores y vecinos, organizaciones de defensa de intereses ambientales, científicos y técnicos del área del conocimiento hidrológico y usos del agua, a través de su incorporación al Observatorio del Agua de Andalucía, que sirva para la toma de decisiones generales y estratégicas sobre la política de aguas y la planificación hidrológica.

El Observatorio del Agua se regula de forma específica en el artículo 17.1 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía que lo define como un órgano colegiado de la Junta de Andalucía, adscrito a la Consejería competente en materia de agua, de carácter consultivo y de participación social, con el objeto, organización, composición y funciones que se establezcan mediante decreto del Consejo de Gobierno.

**Decreto 73/2012, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía (Boletín número 81 de 26/04/2012).**

El Decreto, con el que se aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía, supone un paso decisivo para la consecución de los objetivos establecidos en la legislación de ámbito estatal y autonómico y, en particular, en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, en el Plan Nacional Integrado de Residuos para el período 2008-2015, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 26 de diciembre de 2008, en el Decreto 397/2010, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Director Territorial de Gestión de Residuos No Peligrosos de Andalucía 2010-2019, y en el Decreto 7/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Plan de Prevención y Gestión de Residuos Peligrosos de Andalucía 2012-2020.

Su contenido armoniza el desarrollo reglamentario previsto en la Ley 7/2007, de 9 de julio, con el contexto definido por la liberalización de los servicios impulsada mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso de las actividades de servicios y su ejercicio. A su vez, implica una adaptación a las políticas de gestión de residuos desarrolladas por la normativa específica, aplicando una regulación eficaz y coherente que tiene en cuenta, no sólo la fase de residuo, sino también el ciclo de vida de los materiales y productos.



NOTICIAS DE LA  
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA



# INFORME<sup>1</sup>

## Los mecanismos de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera. Un paso hacia la consolidación del estado de las autonomías

El BOE de 30 de abril de 2012 publica el texto de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera<sup>2</sup>. No es necesario valorar aquí la trascendencia económica y financiera del texto, como instrumento frente a la crítica situación por la que atravesamos. Sin embargo, esta ley tiene un alcance y significación peculiar que conviene resaltar en estos momentos de angustia colectiva cuando cualquier observador responsable apenas puede reprimir el agudo sentimiento de preocupación por el desenlace de la crisis económica y financiera, a la que, si bien es cierto no es posible augurar un final próximo, es comprensible se desee avizorar un desenlace positivo, siquiera sea más como expresión de la virtud de la esperanza que como consecuencia de la lectura de la realidad de cada día. Siempre cabe la posibilidad de aferrarse al sentido etimológico de crisis para confiar que su conclusión nos situará en un estadio evolutivo superior.

Desde las más diversas tribunas y puntos de vista y ya desde hace algún tiempo, se viene advirtiendo de que la crisis económica que nos envuelve, sin merma de su sentido como tal y compartiéndolo con el resto de Europa y, al menos del Mundo occidental, se presenta con el añadido de crisis de valores y tiene en España una peculiar componente de crisis institucional. Y abarcando esta faceta variados aspectos, no es de menor importancia la encrucijada en

---

<sup>1</sup> Esta Sección ha sido preparada bajo la dirección de José Ignacio Morillo-Velarde Pérez.

<sup>2</sup> Con carácter más coyuntural pero con un sentido semejante se publicó la Ley Orgánica 1/2012, de 3 de abril, por la que se excluye de la aplicación de la aplicación de la disposición adicional de la Ley Orgánica 3/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 5/2001, complementaria de la Ley de Estabilidad presupuestaria, sustituida con posterioridad por la disposición transitoria cuarta y el art. 8 de la LO 2/2012.

que sitúa al denominado Estado de las autonomías<sup>3</sup>. Diversos acontecimientos están poniendo a prueba la solución que al secular problema de la organización territorial del Estado se diera en la Constitución de 1978. La cuestión, como es sabido tiene su propia entidad, como se ha puesto de manifiesto en uno de sus últimos y espinosos episodios, como ha sido el desarrollado en torno a las reformas de los estatutos de autonomía a lo largo de la primera década de este siglo, antes, pues, del estallido formal de la crisis. Ha sido éste un episodio que no me atreveré a calificar como de consecuencias ya cerradas por algunas sentencias del Tribunal Constitucional -y muy señaladamente la 31/2010 de 28 de junio que resolvió el recurso interpuesto contra el nuevo Estatuto de Cataluña- y las reacciones políticas suscitadas en torno a ellas, de modo especial en ambientes nacionalistas y conexos a ellos. Aunque forzoso es reconocer que este pasado tan reciente, se percibe ya como algo remoto, por el cambio radical del escenario que la crisis económica ha propiciado.

Aunque la preocupación por la viabilidad especialmente económica del Estado de las autonomías ha sido una constante en su evolución desde los primeros momentos, la actual situación de crisis económica y financiera parece haberla intensificado. Voces extremas claman por su supresión hacia uno u otro lado —el centralismo o la desintegración que comporta la independencia de alguno o algunos de los territorios- pero conforta palpar una opinión mayoritaria que se centra en una prudente revisión, con el objetivo de encontrar los medios y mecanismos que aseguren una estructura territorial que, si bien tiene defectos, parece la más adecuada y aceptada de los dos últimos siglos. Ni es el momento, ni esta sección de la Revista posee la extensión adecuada para plantear el tema en profundidad<sup>4</sup>. Se trata en este momento de destacar y valorar positivamente la iniciativa constituida por la reforma del art. 135 de la Constitución operada el 27 de septiembre de 2011 que ha sido desarrollada por la Ley Orgánica 2/2012 citada al comienzo. Lo primero que conviene destacar es la celeridad con que se efectuó la reforma, merced al acuerdo de los dos grandes partidos nacionales. Lo que, en sí mismo aparece como un rayo de esperanza pues nos muestra que reformar la Constitución no solo es posible, si-

---

<sup>3</sup> Algunos autores con gran rigor y precisión distinguen el Estado autonómico del Estado de las autonomías. Con toda sinceridad, vaya mi felicitación, pero creo que nos entendemos perfectamente sin necesidad de llegar a ese nivel de perfección técnica por lo que en este escrito utilizo ambos términos como sinónimos.

<sup>4</sup> Tampoco tengo interés en enmendar la plana a personas con mayor autoridad que vienen debatiendo esta cuestión en numerosos artículos y monografías.

no que no debe ser visto como trauma o anormalidad, ni siquiera como excepcionalidad, sino como expresión de la capacidad de adaptación que los cambios sociales y económicos demandan también al ordenamiento jurídico-constitucional. Es obvio que si en ningún caso los cambios jurídicos deben ser fruto de la frivolidad o la improvisación, menos aún ha de ser así cuando se trata de reformar la suprema norma del ordenamiento. Pero entre el apresuramiento y la frivolidad y el inmovilismo hay muchas opciones razonables con las que perfeccionar un diseño cuyas deficiencias, de señaladas son ya tópicos, por lo que no voy a reiterarlas aquí. Esta perspectiva se ensombrece cuando vemos que el consenso que propició la reforma no ha continuado con la Ley Orgánica de desarrollo. Sin negar la respetabilidad de las opciones políticas, incluso de las tácticas –difícilmente calificables de estrategias- de partido, es poco comprensible la actitud del principal partido de la oposición al respecto, aunque es posible que la suficiencia de los votos de la mayoría sirviera de cobertura a una decisión poco coherente, al menos, con la iniciativa de la reforma, por más que pudiera haber desacuerdos de carácter secundario. A mi modo de ver, esta actitud transmite un mensaje claramente negativo que cobra mayor relieve a la vista de la trayectoria de las dos legislaturas anteriores y el clima de crispación con que se viene rodeando unas reformas que si bien pueden ser discutibles deberían, al menos, contar con el beneficio de la duda de quienes prácticamente no adoptaron ninguna cuando pudieron y su gestión está jalonada de los peores indicadores donde han gobernado con la mayor comodidad, véase el caso de Andalucía.

Con independencia de lo que pueda deparar el futuro –siempre incierto, pero en estos momentos, aún más- en otros aspectos de indudable trascendencia, hoy podemos celebrar el importante instrumento que constituye esta Ley Orgánica, *trasunto del Pacto Fiscal europeo, la mayor coordinación, vigilancia y supervisión en materia presupuestaria, acompañados de mecanismos de estabilidad financiera para dar respuesta conjunta a las tensiones de los mercados financieros, constituyen el marco de gobernanza económica que define una Unión Europea reforzada y capaz de hacer frente a retos exigentes del nuevo escenario económico internacional*. Se construye, pues Europa al tiempo que se cohesionan el Estado de las autonomías. De ahí que sea comprensible el vértigo que parece adueñarse de algunos espíritus pacatos aferrados a viejos y caducos dogmas como el de la soberanía nacional –Europa no tiene que decirnos lo que tenemos que hacer, como si la situación a que hemos llegado, nuestra integración europea, se nos hubiera impuesto y no fuera más bien consecuencia de nuestras propias decisiones y respuesta a viejos anhelos-. En otro lado se encuentran los nacionalismos de campanario, tradicionales o impostados, conscientes o vergonzantes, aferrados al timón de la pequeñez autonómica para asegurarse un territorio de poder; aun cuando el precio sea ostentar re-

cords y primeros puestos en paro, fracaso escolar o corrupción. En definitiva, escoria, pero nuestra.

Pasando a destacar algunas de las virtualidades de esta Ley Orgánica me parece singularmente relevante su disposición final primera en la que se invoca el título competencial que con ella ejercen las Cortes Generales. Y llama la atención la rotundidad con que se proclama su carácter de norma de desarrollo del art. 135 de la Constitución, frente a la diversidad de títulos competenciales, más o menos parciales e inconexos de la disposición homóloga de la legislación que se sustituye. Es esa posición de sintonía directa con un precepto constitucional además de la conciencia de ser parte de un proceso de integración en el marco de la Unión lo que permite al legislador usar una especial rotundidad que se traduce en la concreción y claridad del conjunto de medidas y disposiciones encaminadas a la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las diversas Administraciones públicas.

Posiblemente sea el capítulo IV en el que se regulan las medidas preventivas, correctivas y coercitivas el núcleo duro de la nueva regulación. No es mi objetivo la exposición, análisis y crítica del contenido de la norma a que me vengo refiriendo, como todo, perfectible. Me parece que en este momento y lugar lo que procede es destacar el carácter integrador de las medidas en coherencia con el entendimiento de la autonomía como poder limitado a que en los primeros momentos de su funcionamiento se refirió el Tribunal Constitucional con palabras luminosas y constructivas: autonomía no es soberanía... y aún esta es un poder limitado. De una manera mucho más concreta y próxima al tema que tratamos la STC 134/2011, de 20 de julio afirmó que *en la propia materia financiera ya hemos visto como la Constitución prevé que las respectivas competencias del Estado han de ejercerse en un marco de coordinación y cooperación determinado que conlleva límites de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas*. Son estos límites los que ahora se detallan y explicitan de una manera más directa en el marco de los compromisos de construcción europea. Como es lógico cabe una consideración política negativa de la Ley que consideramos y sus medidas limitativas, pero para quienes creemos en España como Estado de contenido plural constituido por municipios, provincias y comunidades autónomas, esta Ley es el comienzo de una nueva etapa. Superado el viejo Estado español centralista y uniforme con los avatares y tensiones que supuso el proceso autonómico en el que hasta el momento han predominado claramente las fuerzas centrífugas sobre las centrípetas, llega el momento del equilibrio. Producida la plena afirmación de las comunidades autónomas, ahora es preciso definir o mejorar la definición de las reglas de juego para posibilitar el funcionamiento del conjunto, con las que se conjugue la legítima diversidad con la imprescindible unidad de la na-

ción y del Estado. El modelo de la Constitución manda el respeto a las partes, pero estas carecen de sentido por separado. Que este modelo se puede cambiar, no hay duda, pero de momento es el que hay y parece que el que quieren la mayoría de los españoles, pero hay que perfeccionarlo. Después de una etapa en la que los españoles nos dedicamos a desmontar lo que había con una especie de furia anti-Estado y anti-España, sobre todo, cuyo solo nombre parecía contaminado, llega el momento de la construcción del todo junto con las partes, de propiciar los canales para la cooperación plasmando en reglas de derecho el ideal político de unidad y diversidad.

Obviamente, nada ha concluido. El Estado de las autonomías tiene retos importantes que librar en estos difíciles momentos. Pero creo que leyes como la presente son expresión de que es posible, no fue sólo una fórmula para salir del paso en el delicado momento de la Transición política, puede tener un espléndido futuro si acertamos a formular las claves políticas adecuadas y los mecanismos jurídicos precisos mediante los que conjugar esfuerzos, y construir en auténtico ejemplo de federalismo cooperativo.

Cuando acaban de redactarse estas páginas, acaba de celebrarse el primer Consejo Territorial de Política Financiera tras la entrada en vigor de la Ley. No sin ciertas tensiones el Consejo ha aprobado los planes de ajuste de casi todas las comunidades autónomas<sup>5</sup>, pero la impresión general es que el mecanismo ha funcionado en momentos singularmente difícil, un claro indicio de la viabilidad del Estado de las autonomías, por más que debamos ser prudentes y conscientes de que faltan aún importantes esfuerzos de carácter político y por parte de todos y medidas técnicas que garanticen la cohesión sin merma de los legítimos ámbitos de singularidad.

---

<sup>5</sup> Solo ha faltado aprobar el Plan el Principado de Asturias, por sus situación singular de origen electora.



NOTICIA DE  
REVISTAS AUTONÓMICAS



## Noticia de Revistas Autonómicas\*

### (1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *La reforma de la LORAFNA por la Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre*, “R.J.N,” núm. 51, enero–junio 2011, pp.13–36.

Estudia ALLI ARANGUREN la reforma operada sobre la Ley 13/1982 de 16 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, deteniéndose en primer lugar en la ponencia del Parlamento de Navarra y comparando con dicha ponencia las reformas introducidas por la Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre (modificaciones institucionales en relación con el Parlamento de Navarra –introduciendo los Decretos Leyes Forales–, Cámara de Comptos, Defensor del Pueblo, Gobierno y Administración y Consejo de Navarra). Concluye ALLI ARANGUREN que la Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre ha introducido algunas innovaciones en la LORAFNA en la línea de las propuestas de la ponencia del Parlamento de Navarra, aunque con mucha menor entidad, lo que le hace calificar la reforma como motivo de insatisfacción por no haberse llegado a las posiciones objeto de consenso en la ponencia parlamentaria. Por ello considera la citada Ley orgánica como “una ocasión perdida en el progreso del autogobierno de Navarra”.

PÉREZ CALVO, Alberto, *Pluralismos lingüísticos y sus regulaciones*, “R.J.N,” núm. 51, enero–junio 2011, pp. 89–121.

PUERTA SEGUIDO, Francisco, *La nueva organización administrativa de las valoraciones expropiatorias. Especial referencia al Jurado Regional de Valoraciones de Castilla–La Mancha*, “Revista Jurídica de Castilla–La Mancha”, núm, 48, julio 2010, pp. 85–133. *Vid.* (4).

---

\* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

**(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.**

EIZMENDI AMAYUELAS, Alazne, *Últimas tendencias de la administración independiente española*, RVAP” núm. 91, Septiembre–diciembre 2011, pp. 193–232.

Examina EIZMENDI AMAYUELAS el proceso de creación de administraciones independientes en paralelo a la liberalización de los sectores económicos de interés general. Estudia a continuación las tendencias de la Administración independiente española y sus retos futuros centrándose en la esperada puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Servicios Postales, que desde que se creó en 2007 no ha sido puesta plenamente en funcionamiento lo que dificulta la plena liberalización del mercado postal. De mayor interés es el análisis de los artículos 8 a 24 de la Ley de Economía Sostenible dirigidos a establecer un marco horizontal o común a todos los organismos reguladores. Esta regulación, en su opinión, si bien no ha resuelto muchos de los problemas (como la imprecisión de los límites de la capacidad normativa de los organismos reguladores) que se detectan en la organización y –sobre todo– en el funcionamiento de los organismos, si puede suponer un modelo de ordenación para la garantía de su independencia. El lector deberá tener en cuenta que el Consejo de Ministros ha aprobado en marzo un anteproyecto para unificar los ocho reguladores actuales bajo una única administración independiente, la Comisión Nacional de Mercado y Competencia. Este ente centralizará las tareas de los actuales organismos supervisores, a excepción de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la Dirección General de Seguros y el Banco de España. La reforma afectará a organismos reguladores como la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión Nacional del Juego y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria<sup>1</sup>. La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará compuesta por nueve consejeros, que nombrarán un Presidente y un Vicepresidente. Serán propuestos por el Gobierno y su nombramiento deberá ser ratificado por el Congreso de los Diputados. Su mandato tendrá una duración de seis años con renovaciones parciales y presidencia rotatoria. El nuevo Organismo estará adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad. Tendrá su sede en Madrid, pero existirá la posibilidad de establecer subse-des.

---

<sup>1</sup>El texto puede verse en <http://bitacora.lasindias.com/files/2012/03/anteproyecto-de-ley-1.pdf> y en <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/240212-enlacesupervisores.htm>

MAESO SECO, LUIS F., *El personal directivo en las leyes autonómicas de desarrollo del EBEP, RVAP*” núm. 91, Septiembre–diciembre 2011, pp. 283–326.

Considera MAESO SECO que dos grupos de Comunidades Autónomas ha legislado incidiendo sobre el régimen jurídico del personal directivo. Algunas elaborando leyes de empleo o función pública en desarrollo del EBEP –su art. 13– como Valencia –mediante la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública–, Castilla–La Mancha –Ley 4/2001, de 10 de marzo de empleo público– y otras, han ido mas allá siendo mas ambiciosas e interviniendo en el núcleo duro del régimen de directivos (Baleares y País Vasco) configurando un régimen de directivos en clave profesional detallado y completo que apuntan una dirección que MAESO SECO considera correcta y que por ello confía en que sean ejemplo de otras legislaciones autonómicas y del propio Estado.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M<sup>a</sup>, *Sociedades y fundaciones públicas de la Administración de la Comunidad foral de Navarra*, “R.J.N.” núm. 51, enero-junio 2011, pp.155–154.

En este trabajo se analiza la actuación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por medio de la creación de sociedades y fundaciones públicas ofreciendo una visión crítica de la creación de esas entidades privadas de titularidad pública, en especial en una situación de crisis económica. M. M. RAZQUIN LIZARRAGA explica los conceptos y el régimen jurídico reflejando la fusión mediante la creación de la Corporación Pública Empresarial de Navarra. Estudia así la evolución legislativa de las sociedades públicas, el régimen jurídico general, creación, estatutos y normas financiero presupuestarias. Especial interés tienen el análisis en materia de contratación. M. M. RAZQUIN LIZARRAGA constata como la LMFCP se aparta notablemente de lo dispuesto por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, pues extiende la aplicación de la normativa contractual a todos los contratos de las sociedades públicas con las particularidades del Libro II, y asimismo, su sometimiento al sistema de reclamaciones en materia de contratación ante la Junta de Contratación Pública por motivos ligados a la preparación y adjudicación de los contratos. De gran interés es la radiografía y descripción de la realidad del sector público empresarial que realiza M. M. RAZQUIN LIZARRAGA. Respecto de la fundaciones expone la diferencia con el modelo estrictamente privado, dado su carácter de entes instrumentales. De las fundaciones (siete en total) destaca que su carácter de entidades privadas provoca que no dicten actos administrativos y, por tanto, que no estén sujetas a las leyes procedimentales administrativas sujetándose los posibles conflictos que

puedan tener como los particulares al Derecho civil y la jurisdicción civil, aunque cuando gestionen servicios públicos podrán quedar sujetas de forma indirecta al control administrativo y posterior contencioso-administrativo y asimismo podrá exigirse su responsabilidad en vía contencioso-administrativa de forma conjunta con la Administración Foral.

### **(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.**

ABERASTURI GORRIÑO, Unai & LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *La cesión de datos de salud fuera del ámbito sanitario. Análisis de supuestos concretos en que la información sanitaria se transmite para cumplimiento de fines distintos al de la protección de la salud de las personas, RVAP*” núm. 91, Septiembre-diciembre 2011, pp. 17-101.

Este estudio de gran amplitud (son 84 páginas) trae causa de la tesis doctoral de ABERASTURI GORRIÑO “Los principios de la protección de datos aplicados en la sanidad”. En él se aborda la cesión de datos sanitarios al Defensor del Pueblo, a las compañías aseguradoras y a los medios de comunicación. De especial interés es el criterio a aplicar para resolver la colisión entre el derecho a la autodeterminación informativa y la libertad de información y sobre cuando una información cuenta con relevancia pública. Continúa el este estudio con el examen del uso de datos sanitarios con fines policiales (art. 22.3LOPD como fundamento de la excepción al consentimiento en la cesión de datos) y la colisión entre el deber de secreto médico y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la obligación de colaborar con la justicia. Por último, se examina la confrontación entre el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho de acceso sobre documentos administrativos en el ámbito sanitario. Concluyen los autores que partiendo de una interpretación conjunta de la LOPD, LBAP y normativa sectorial puede llegarse a la conclusión de que en determinados casos es posible sacar los datos sanitarios de su lugar común de manipulación con el fin de satisfacer otros intereses, de forma que será necesario atender a la normativa sanitaria, a la reguladora de la protección de datos de carácter personal y a determinada normativa sectorial dedicada a regular aspectos muy variados para tratar de resolver los problemas planteados. De forma que “Si bien es posible, encontrar en la normativa sectorial base jurídica que justifique la transmisión de datos sanitarios a distintos destinatarios con los citados fines, la interpretación de esa normativa deberá realizarse siempre desde la cautela”.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, *La transparencia y la participación pública en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra*, “R.J.N.” núm. 51, enero-junio 2011, pp.123–154.

En este trabajo se parte del estudio de la transparencia y participación pública como principios básicos del sistema administrativo. Estudia J.A. RAZQUIN LIZARRAGA la normativa foral reguladora (previsiones generales, mecanismos de participación orgánica, participación funcional –en actividades específicas, disposiciones de carácter general y planes y programas–, administración electrónica y estructura orgánica. El otro gran bloque del trabajo lo constituye el análisis de la regulación general de la transparencia y el derecho de acceso a la información estudiando en especial la implantación práctica de la participación pública –participación como derecho de todos, contenido mínimo de la participación– y las garantías y medios de reacción. Cree J.A. RAZQUIN LIZARRAGA que el reto es la transformación al servicio de los ciudadanos, considerados como tales y no como usuarios, que se apoye en las nuevas tecnologías pero vaya mas allá de la administración electrónica, a fin de establecer una sociedad democrática avanzada. En su opinión, “la calidad de gobierno exige un enfoque global y transformador –y no incrementalista– que empodere a los ciudadanos y pivote sobre los pilares de la transparencia y participación pública con el objetivo último de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

#### **(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.**

PUERTA SEGUIDO, Francisco, *La nueva organización administrativa de las valoraciones expropiatorias. Especial referencia al Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha*, “Revista Jurídica de Castilla-La Mancha”, núm, 48, julio 2010, pp. 85–133.

PUERTA SEGUIDO estudia preliminarmente los sistemas de determinación del justiprecio expropiatorio para descender de inmediato al análisis de los Jurados Provinciales y Autonómicos de Expropiación (creación, especial referencia al Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha con su accidentada génesis, composición, funciones, funcionamiento, procedimiento, régimen de sus acuerdos). Estudia PUERTA SEGUIDO los elementos comunes del modelo comparado y las críticas mas frecuentes –composición y su reflejo sobre la parcialidad–. El trabajo culmina con el examen de la motivación de los acuerdos de los Jurados de Valoraciones, la presunción de acierto y la im-

pugnación de los acuerdos de los jurados. El artículo que recensionamos tiene el indudable interés de ser firmado por quien es Presidente del Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha y Consejero del CES de Castilla-La Mancha.

VV.AA., *Responsabilidad Sanitaria de la Administración Pública Sanitaria en la doctrina del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*, “Revista Jurídica de Castilla-La Mancha”, núm. 47, diciembre 2009, pp. 7–272.

Nos encontramos ante un número monográfico que incluye estudios estructurados en siete capítulos sobre el consentimiento informado (GONZÁLEZ CARRASCO), El error de diagnóstico (DE LA CALZADA DE PINO), la teoría del daño desproporcionado (PÉREZ TOLÓN & LARIOS RISCO), la doctrina de la pérdida de oportunidad (con reflexiones críticas (MEDINA ALCOZ), el resarcimiento de daños morales derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios (GONZÁLEZ CARRASCO), reclamaciones de responsabilidad patrimonial ligadas a actuaciones sanitarias realizadas por contratistas o concesionarios de la Administración (CANTERO MARTÍNEZ)y, por último, la prescripción en el seno de la responsabilidad extracontractual sanitaria (PUNZÓN MORALEDA).

SIMÓN ACOSTA, Eugenio, *Doctrina de la Junta Arbitral de Navarra*, “R.J.N.” núm. 51, enero–junio 2011, pp.179–201.

Este trabajo reseña la doctrina de la Junta Arbitral en temas como la delimitación de conceptos de impuesto convenido, residencia habitual, volumen de operaciones o territorio de régimen común, competencia para practicar retenciones sobre rendimientos de trabajo pagados por entes públicos dependientes o tutelados por la Administración del Estado y la normativa aplicable a las retenciones practicadas a entidades sin ánimo de lucro.

### **(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).**

CONDE ANTEQUERA, Jesús, *El principio de proporcionalidad en la restauración urbanística ¿Un caballo de Troya en la seguridad jurídica?*, RVAP” núm. 91, Septiembre–diciembre 2011, pp. 103–145. *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.).**

ABERASTURI GORRIÑO, Unai & LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *La cesión de datos de salud fuera del ámbito sanitario. Análisis de supuestos concretos en que la información sanitaria se transmite para cumplimiento de fines distintos al de la protección de la salud de las personas*, RVAP” núm. 91, Septiembre–diciembre 2011, pp. 17–102. *Vid.* (3).

CONDE ANTEQUERA, Jesús, *El principio de proporcionalidad en la restauración urbanística ¿Un caballo de Troya en la seguridad jurídica?*, RVAP” núm. 91, Septiembre–diciembre 2011, pp. 103–145.

CONDE ANTEQUERA sólido administrativista especialista en temas de responsabilidad ambiental estudia en esta ocasión la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado y sus inflexiones en virtud del principio de proporcionalidad. Comienza CONDE ANTEQUERA –en este trabajo excelente y creativo–, examinando el carácter reglado y objetivo de la restauración como medida legal de la disciplina urbanística y del principio de proporcionalidad como límite a la potestad administrativa para imponer a restauración del orden urbanístico (examina los supuestos concretos de los requisitos o criterios de aplicabilidad y las medidas alternativas a la demolición como forma de restauración de la legalidad urbanística). La segunda parte del estudio se centra en las consecuencias del uso y el abuso del principio de proporcionalidad para la seguridad jurídica. Concluye CONDE ANTEQUERA que los supuestos de mayor complejidad para la aplicación como forma de legalización cuando la obra es ilegalizable por contraria a la legislación vigente. El autor relega la aplicabilidad a la vista del RDUa a infracciones leves que sean ilegalizables y no encuadrables en los supuestos considerados como manifiestamente incompatibles con la ordenación vigente. Culmina el estudio con propuestas destinadas a la mejora de la seguridad jurídica en la aplicación del principio de proporcionalidad. En concreto la objetivación de la potestad y el refuerzo de la motivación unido a la necesidad de un informe del órgano consultivo correspondiente respecto la oportunidad o la lesividad para interés público. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía. Permítasenos opinar. Creemos que la restricción cicatera operada por RDUa no puede vincular en la aplicación del principio de proporcionalidad. Dicho de otra forma, a partir de ahora habrá de aplicarse el principio de proporcionalidad LOUA/RDUa y extra LOUA/RDUa. Recor-

demos que hoy expresamente el artículo 39 bis. “Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad”, añadido por art. 2.1 de Ley 25/2009, de 22 de diciembre dispone que “Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, *deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen*, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”.

GARCÍA URETA, Agustín & LAZCANOP BROTONS, Íñigo, *Parques eólicos, Red Natura 2000 e impacto ambiental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de febrero de 2011 (proyecto de parque eólico de Ordunte)*, RVAP” núm. 91, Septiembre–diciembre 2011, pp. 233–256.

En este estudio, obra de dos destacados especialistas en Derecho ambiental y en Derecho de la Biodiversidad se analizan todos los datos en relación con la sentencia objeto de comentario –que invalida una DIA porque los vicios y deficiencias de valoración han privado a la actividad de evaluación de elementos esenciales para determinar con certeza el impacto negativo del proyecto (previsiones del plan territorial sectorial de la energía eólica, proyecto del parque eólico, declaración de impacto ambiental negativa, posible resolución de discrepancias, deficiente motivación de la DIA, ausencia de determinación de la banda de afección del proyecto, etc.). Concluyen los autores que la Sentencia del TSJ pone en evidencia determinados defectos de enfoque por parte del Gobierno Vasco a la hora de tramitar el procedimiento pues habiéndose presentado una solicitud incompleta se ha continuado tramitando el procedimiento y defectos consistentes en una defectuosa motivación del DIA que aunque no centrada en la avifauna, no había expresado con claridad la realidad de los impactos críticos a los que hacía alusión. Creen así mismo que el TSJ no analiza con corrección la cuestión de las medidas compensatorias o correctoras.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M<sup>a</sup>, *Sociedades y fundaciones públicas de a Administración de la Comunidad foral de Navarra*, “R.J.N.” núm. 51, enero–junio 2011, pp.155–154.

**(7) § Varia.**

RUIZ RESA, Josefa Dolores, *Un análisis en torno a la educación para la ciudadanía y la ideología de género*, RVAP” núm. 91, Septiembre–diciembre 2011, pp. 193–232.

PÉREZ CALVO, Alberto, *Pluralismos lingüísticos y sus regulaciones*, “R.J.N,” núm. 51, enero–junio 2011, pp. 89–121.

Abreviaturas

RArAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RJCL	Revista Jurídica de Castilla–La Mancha
RJN	Revista Jurídica de Navarra



# RECENSIONES



## RECENSIONES

**COSCULLUELA MONTANER, L., y CARBONELL PORRAS, E., (Dir.), MEDINA ALCOZ, L., (Coord.), *Reforma estatutaria y régimen local.***

El Prof. COSCULLUELA MONTANER da inicio al trabajo con una nota preliminar en la que, de forma completa y brillante, expone la razón de ser y el contenido de la obra. Este libro, como su codirector aclara, surge en el marco de un Proyecto I+D+i del Ministerio de Educación y Ciencia “El papel de las Entidades locales ante las transformaciones del régimen local: la reforma de los Estatutos de Autonomía y de la legislación básica estatal”, que pretende analizar los cambios que está sufriendo el régimen local como consecuencia del proceso de reformas estatutarias. Su contenido se ha visto enaltecido por las aportaciones de expertos externos, distintos de los miembros integrantes del Proyecto citado, en un Seminario que se organizó en dos partes en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid (el 18 de diciembre de 2009 y el 22 de junio de 2010).

Se trata de un trabajo colectivo que comprende en realidad cuatro partes distintas conectadas entre sí: el marco constitucional, el régimen local tras las reformas estatutarias, modelos comparados y estudios sectoriales. En definitiva, la obra ofrece una visión detallada de los distintos ámbitos enunciados mediante un enfoque metodológico que enriquece el tratamiento y merece el mejor de los comentarios.

Pese a que este libro versa principalmente sobre Derecho español de las Comunidades Autónomas, no obstante adquiere un alto interés doctrinal, en primer término, para el conjunto de España, y en segundo, para toda Europa, pues no olvida un análisis de Derecho comparado en la materia.

Las cuatro partes que forman el libro colectivo se integran a su vez por diversos trabajos. Veamos de forma resumida cada una de ellas.

La Parte I, relativa al marco constitucional, comprende cuatro trabajos “El régimen local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, “Los límites institucionales de la legislación básica”, “Estatutos de Autonomía y Gobierno

local: la constitución territorial local” y “Régimen local y Estatutos de Autonomía tras la STC 31/2010 sobre el Estatuto catalán”.

En esta Parte I (p. 38 y ss.) TORRES MURO emprende un estudio nítido y ordenado de la jurisprudencia del TC sobre el régimen local, que mira al pasado (p. 40 y ss.) y al futuro (p. 46 y ss.), y trata de evidenciar un equilibrio entre, de un lado, las pretensiones del Estado de intervenir en materia local y, de otro lado, las Comunidades Autónomas que pretenden “interiorizar” dicho régimen, manteniéndose en todo caso un cierto protagonismo estatal. Lo cierto es que las Sentencias del TC sobre la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña de 2006, siendo la más importante la STC 31/2010, de 28 de junio, en las materias relacionadas con el régimen local, marcan un punto de inflexión en la cuestión objeto de estudio.

A continuación, ARGULLOL MURGADAS aborda con exquisitez el análisis de los límites institucionales de la legislación básica (p. 55 y ss.) dejando en evidencia la complejidad de la definición de espacios que corresponden a los legisladores estatales y autonómicos en la Constitución española de 1978, agravada por el carácter bifronte del régimen local proclamado en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, y ratificada por la STC de 21 de diciembre de 1989. En este punto se torna esencial la delimitación de lo que es la legislación básica estatal (p. 57 y ss.), la función constitucional de los Estatutos de Autonomía (p. 59 y ss.) y la acotación de la legislación básica por los propios Estatutos de Autonomía (p. 65 y ss.).

Por su parte, FONT I LLOVET trata con excelencia el estudio de los Estatutos de Autonomía y del Gobierno local. Para ello parte de la necesidad de llevar a cabo una reforma local, pues existen diversas cuestiones institucionales no resueltas en la configuración constitucional de los Entes locales (p. 70 y ss.). A ello se suma el papel de los Estatutos de Autonomía, que efectúan la “interiorización” de lo local en el ámbito autonómico, sin dejar de ser una norma estatal, modulando el conocido carácter bifronte del régimen local, tal y como ha sido entendido hasta ahora. De este modo, todos los Estatutos de Autonomía regulan con mayor detenimiento que con anterioridad el Gobierno local, dando lugar a una auténtica “constitución territorial local”. Para finalizar el autor, e introducir el trabajo siguiente, se centra en el caso particular del Estatuto de Autonomía catalán y el Gobierno local (p. 78 y ss.).

Concluye la Parte I VELASCO CABALLERO con el análisis exquisito del panorama del régimen local y del papel de los Estatutos de Autonomía tras la, ya citada, STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña, pues la misma contie-

ne, a juicio del autor, una “guía interpretativa” del propio Estatuto y se trata de una “guía” vinculante, ya que avisa al legislador catalán sobre qué leyes autonómicas no serían conformes con la Constitución. El problema es que tal “guía” no siempre es clara, por ello VELASCO CABALLERO ofrece los criterios interpretativos precisos, a su juicio, para leer la Sentencia (p. 87 y ss.) y se refiere de forma detenida al ámbito local, en particular, a la regulación estatutaria directa del régimen local (p. 94 y ss.), a la distribución de competencias sobre Gobiernos locales (p. 99 y ss.) y al alcance de los títulos autonómicos exclusivos sobre régimen local (p. 104 y ss.).

La Parte II, relativa al régimen local tras la reforma estatutaria se integra de siete trabajos que hacen referencia a la regulación del régimen local en distintos Estatutos de Autonomía de España (en particular los de Cataluña, Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Castilla y León y Madrid –no falta una referencia concisa al de Valencia en la nota preliminar–) tras las últimas reformas: “La organización territorial en Cataluña tras el Estatuto de Autonomía de 2006: tres proyectos de ley sobre fondo gris”, “El régimen local en el Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007”, “Desarrollos normativos de las previsiones estatutarias andaluzas sobre régimen local”, “Régimen local aragonés tras la reforma estatutaria”, “Régimen local y los cabildos insulares en el Estatuto balear de 2007”, “Régimen local en la reforma estatutaria de Castilla y León”, “Comunidad Autónoma y Entidades locales madrileñas; situación actual y expectativas en un entorno de modificación estatutaria”. En todos estos capítulos los distintos autores coinciden en afirmar que los Estatutos de Autonomía aprobados en los años 2006 y 2007, haciéndose eco de los postulados del Pacto Local, han prestado mayor atención al régimen local que sus predecesores.

Esta Parte (p. 121 y ss.) se inicia con el estudio grandilocuente de TOR-NOS MAS sobre la organización territorial en Cataluña tras el Estatuto de Autonomía de 2006, pues el Estatuto catalán de 2006 atribuyó a la Generalidad una competencia amplia sobre régimen local y, sobre todo, en lo relativo a la organización territorial. En concreto, el autor diserta en el trabajo sobre tres proyectos de ley de Consejos de Gobiernos locales que abordan cuestiones relativas a la organización territorial de Cataluña y son los de las Veguerías (p. 129 y ss.) y los de la Autoridad Metropolitana de Barcelona (p. 140 y ss.).

Por su parte, CARBONELL PORRAS aborda con maestría el régimen local en el Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 y hace hincapié en que esta norma no prescinde del carácter bifronte del régimen local, ni lleva a ca-

bo una “interiorización” del mismo. En particular, se detiene en el estudio de las competencias autonómicas en materia de organización territorial y régimen local (p. 150 y ss.) y en la regulación del Estatuto andaluz de las distintas Entidades locales: los Municipios, las provincias y otras agrupaciones de Municipios (p. 157 y ss.).

Más adelante LÓPEZ BENÍTEZ expone de forma soberbia los desarrollos normativos de las previsiones del mismo Estatuto de Autonomía, el andaluz, sobre régimen local. En particular el autor se refiere a la Ley 2/2008, de 10 de diciembre, por la que se establece el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población, y al Decreto 41/2008, de 12 de febrero, mediante el que se regula la remisión de actos y acuerdos de las Entidades locales a la Junta de Andalucía (p. 170 y ss.). Tampoco olvida el autor la Ley 5/2010, de 11 de junio, por la que se aprueba la Ley de Autonomía Local de Andalucía (p. 171 y ss.) y la Ley 6/2010, de 11 de junio, por la que se aprueba la Ley Reguladora de la participación de las Entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que eran proyectos de ley en el momento de escribirse este libro.

El régimen local aragonés tras su reforma estatutaria es tratado con autoridad por LÓPEZ RAMÓN, quién comienza su trabajo reflejando la diversas previsiones dispersas que existían en el Estatuto de Autonomía aragonés de 1982 (p. 189 y ss.) y su desarrollo normativo posterior (p. 192 y ss.) –que se limitó casi a regular las relaciones de la citada Comunidad con las Diputaciones provinciales–. De esto modo el autor desemboca en el estudio de las referencias al régimen local contenidas en el Estatuto de Autonomía aragonés de 2007 (p. 195 y ss.), el cual no contempla una lista de competencias garantizadas a los municipios ni cuestiona la institución provincial.

En este orden de cosas COSCULLUELA MONTANER se ocupa con brillantez del estudio del régimen local en el Estatuto de Autonomía de Islas Baleares de 2007 (p. 199 y ss.). Frente a las Islas Canarias, las Baleares no habían logrado tener una organización que recogiera la identidad de cada isla, hasta el Real Decreto–Ley 18/1978 que reconocía la preautonomía de las islas Baleares y consagró por primera vez a la Isla como entidad pública mediante el Consejo Insular, con naturaleza de Entidad local directamente relacionada con la Comunidad Autónoma. Tal reconocimiento ha llegado hasta el Estatuto de 2007, que establece la organización territorial de las Baleares en el art. 8. Por último, el autor se detiene en el análisis de los Municipios y de las demás Entidades locales de las Islas Baleares (p. 202 y ss.) y de los Consejos Insulares (p. 205 y ss.).

Del estudio del régimen local en la reforma estatutaria de Castilla y León se ocupa, con precisión, HERNANDO RYDINGS quién de partida señala las competencias que ostenta la citada Comunidad Autónoma en materia de régimen local (p. 218 y ss.). Este Estatuto de Autonomía no resulta tan ambicioso como otros pues, según la autora, no incorpora bajo la denominación de organización territorial un conjunto de submaterias respecto de las cuáles aparentemente le corresponde al Estado la competencia para dictar la legislación básica sobre la materia por tratarse de régimen local. Por el contrario, sí resulta novedoso –coincidiendo con otros Estatutos de Autonomía– que las relaciones entre las instituciones de la Comunidad y los Entes locales constituyan una competencia exclusiva de la Comunidad. Finalmente, la autora se detiene en el análisis de las distintas Entidades locales en esta reforma estatutaria (p. 216 y ss.) y de las relaciones entre la Comunidad y los Entes locales (p. 223 y ss.).

Concluye la Parte II SUIDÁN FERNÁNDEZ que expone el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid de forma espléndida. Para ello comienza explicando la regulación estatutaria –partiendo de la base de que la regulación del régimen local en este Estatuto de Autonomía es puntual y asistemática– (p. 236 y ss.) y las leyes de desarrollo en materia de régimen local –a partir del Pacto Local la Comunidad Autónoma de Madrid optó por aprobar leyes generales para definir el papel relacional entre la Comunidad y las Entidades locales de su ámbito territorial– (p. 237 y ss.). También examina las relaciones entre la Administración de la Comunidad de Madrid y las Entidades locales de su ámbito territorial: colaboración y cooperación interadministrativa (p. 242 y ss.). Por último, el autor aporta una visión resumida de la reforma estatutaria y del modelo de financiación.

La Parte III del libro (p. 269 y ss.) relativa a los Modelos comparados se estructura en dos trabajos: “El régimen local de la República Federal alemana antes y después de la reforma del federalismo de 2006” y “La distribución de competencias sobre Entes locales en la República italiana”.

De este modo, el estudio de Derecho comparado alemán, a pesar de su complejidad, lo lleva a cabo RODRÍGUEZ DE SANTIAGO con elocuencia. El autor comienza indicando cómo se efectúa el reparto constitucional del poder público (p. 270) y de competencias entre el *Bund* y los *Länder* en materia de régimen local (p. 271 y ss.), que supone la interiorización completa por los *Länder* del régimen local y el que las propias Entidades locales tengan el carácter de Administración indirecta del *Land*. A lo anterior se suma que la autonomía municipal, como principio del Derecho de organización alemán, constituye una garantía de un mínimo competencial a favor de los Municipios, al mismo

tiempo que un mandato dirigido al legislador en la forma de un principio rector que le impone la obligación de resultado de seguir un criterio “favorable al Municipio” siempre que se regulen repartos competenciales (p. 272 y ss.). Entre otras cuestiones, el autor concluye explicando las distintas formas de democracia directa en la Administración municipal (p. 282 y ss.), centrándose en las más importantes: la asamblea de vecinos *Bürgerversammlung*, la iniciativa popular *Bürgerantrag* y la propuesta de consulta popular local y la propia consulta popular *Bürgerbegehren* y *Bürgerentscheid*.

Completa el estudio de modelo comparado el trabajo, denso y generoso, de MEDINA ALCOZ relativo a la distribución de competencias sobre Entes locales en la República italiana. Con este fin el autor comienza su estudio con la Ley Constitucional 3/2001, de 18 de octubre, que emprendió una reforma importante del Título V de la Constitución italiana de 1948 y transformó de forma radical los criterios de distribución del poder público entre los Entes locales, las regiones y el Estado. Tal distribución de poder tripartita recibe la calificación de sistema policéntrico o gobierno multinivel (p. 287 y ss.). El autor también se detiene en explicar cómo se efectúa en el modelo italiano la distribución competencial cuasifederal (p. 295 y ss.) y asimétrica (p. 322 y ss.). A juicio del autor la reforma de 2001 de la Constitución italiana parece situar el régimen local en línea con el modelo de sistema federal alemán, “regionalizándolo” en buena medida. Es más, el nuevo Título V no ha producido una “interiorización” regional de los Entes locales sino que el Estado ha perdido en beneficio de las regiones ordinarias el lugar central que, de forma tradicional, ha ocupado en la configuración del régimen local. En consecuencia, el autor concluye que tanto el ordenamiento español como el italiano en relación a la delimitación de las cuotas de poder en materia de Entes locales están aún en gran medida abiertos o indefinidos.

La Parte IV del libro (p. 344 y ss.) relativa a los Estudios sectoriales se compone de cinco trabajos: “Las veguerías”, “La configuración del sistema de controles administrativos sobre los entes locales en el marco de los procesos de reforma estatutaria”, “El principio de transparencia y el derecho a una buena administración en los Estatutos de autonomía reformados: su incidencia en las Entidades locales”, “Las fundaciones del sector público y el ámbito de competencia de las Entidades locales” e “Inversión de las Corporaciones locales en infraestructuras: incidencia en la creación de empleo y en el PIB de España”.

Ocupa un lugar destacado el estudio completo de las veguerías, realizado por TRAYTER JIMÉNEZ, como terreno gubernativo en el que se organizaba Cataluña desde la Alta Edad Media, que comienza en la Alta Edad Media

pasa por la Constitución de 1978 y llega hasta el Estatuto de 2006 (p. 345 y ss.). En efecto, la región o veguería, que se refunde con la provincia en un momento posterior se describe por los expertos como “una agrupación de municipios; una agrupación forzosa que tiene la cobertura constitucional (art. 141.1 CE)”. Una vez conocido el marco constitucional y estatutario el autor se detiene en el análisis de la STC de 23 de junio de 2010 y en el dictamen del *Consell de garanties* estatutarias, 11/2010, de 5 de junio (p. 354 y ss.). El TC en la citada Sentencia establece que será el legislador de desarrollo el que concrete si la veguería es una Entidad local o una nueva denominación de la provincia. De este modo el legislador catalán deja claro que su voluntad es transformar las provincias en veguerías, como una nueva Entidad local. Por último, completa este trabajo el estudio de la Ley 30/2010, de 3 de agosto, de veguerías, según la cual la división veguerial de la Ley abarca todo el territorio de Cataluña, pues dispone que ningún municipio o comarca pueden quedar excluidos de esta división (art. 3).

El libro continúa con el análisis ambicioso de ALMEIDA CERREDA de cómo se configura el sistema de controles administrativos sobre los Entes locales en el marco de los procesos de reforma estatutaria (p. 377 y ss.). Con este fin el autor tras exponer los distintos tipos de controles sobre los Entes locales, describe la regulación y la conformación del sistema actual de controles administrativos sobre los Entes locales, en particular, en algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía, como es el caso del catalán (arts. 84.1, 86.4 y 5, y 218.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), del andaluz (arts. 92.1, 60.3 y 192.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía) y del balear (art. 75 del Estatuto de Autonomía balear), y en la legislación básica estatal, Ley Reguladora de las Bases del Régimen local de 1985 (p. 384 y ss.). De lo anterior se desprende que el sistema de controles sobre los Entes locales en España no es estrictamente judicial, sino más bien mixto, acorde con la Carta europea de autonomía local, que prevé unos límites importantes al empleo de controles sobre los Entes locales. Además, el autor analiza cuáles son los instrumentos normativos a través de los cuales se puede configurar el sistema de control de los Entes locales (p. 387 y ss.), a sabiendas de que deben estar previstos en una norma con rango legal, y para ello lo hace de forma separada, de un lado, analiza el plano de la legislación ordinaria, y de otro lado, el de la normativa estatutaria.

El libro dedica también un capítulo, brillantemente realizado por RAMS RAMOS, a explicar la incidencia de los principios de transparencia y de buena Administración en los Estatutos de Autonomía reformados, en particular, en las Entidades locales, principios, que cada vez han adquirido mayor importancia hasta convertirse en auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos. Ta-

los principios se contemplan en los nuevos Estatutos de Autonomía, pero no en los mismos términos que lo hace la CE de 1978 (p. 411 y ss.). Este capítulo muestra con claridad que el derecho a una buena Administración consiste en una nueva positivización del principio de transparencia administrativa, entendido de forma amplia, que hoy en día se intenta reforzar al constituirse como un nuevo derecho subjetivo de los ciudadanos, que viene a agrupar en un solo derecho, otros ya existentes, reconocidos en la CE 78 y desarrollados en la legislación básica estatal (LRJAP y LBRL).

Cuestión diversa, y valga la pena decir compleja, es la tratada con sutileza por LÓPEZ DÍAZ que analiza el régimen jurídico de las fundaciones del sector público (p. 426 y ss.), partiendo de la Constitución española de 1978 y exponiendo el contenido esencial de la legislación estatal y autonómica. Por último, la autora se detiene en el examen de las fundaciones de las Entidades locales (p. 460 y ss.).

Finalmente, COSCULLUELA MARTÍNEZ ofrece el necesario y sagaz estudio relativo a la inversión de las Corporaciones locales en infraestructuras con el fin de crear empleo y dinamizar la economía (p. 467 y ss.). Además, la autora matiza que dependiendo del tipo de infraestructuras en las que se invierta puede tener unos efectos u otros sobre el PIB y el empleo.

A modo de broche final, concluye este trabajo colectivo CANO CAMPOS que aporta de forma lúcida y completa unas conclusiones finales al conjunto de los trabajos contenidos en el libro (p.483 y ss.) y se anexa una selección de párrafos de la, ya citada por su trascendencia destacada en esta obra, STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (p. 495 y ss.).

En definitiva, como ha quedado puesto de manifiesto de forma notoria, el libro de Reforma estatutaria y régimen local dirigido por el Prof. COSCULLUELA MONTANER y la Prof. CARBONELL PORRAS despliega un discurso impecable y sistemático que tiene, además, la virtud de ir al grano sin caer en el abuso de la erudición. Muestra un análisis novedoso y una visión completa de la materia objeto de estudio. En definitiva, la obra pertenece con toda seguridad a lo mejor dentro de su especialidad y puede ser recomendada a todo jurista que quiera aprender los fundamentos de la reforma estatutaria y el régimen local.

Lourdes de la Torre Martínez  
 Prof. Contratada Doctora  
 Universidad de Jaén

**VV.AA., *Derecho de las aguas continentales (A propósito de la Ley de Aguas para Andalucía con comentario a su articulado)*, (PÉREZ MARÍN, Antonio, Dir.) Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos–Iustel, Madrid 2011.**

Antonio PÉREZ MARÍN, abogado de prestigio especializado en Derecho público, es el autor de la primera de este libro (hasta la página 434), es el Director de la obra, y el fundador y creador de PÉREZ MARÍN ABOGADOS que es la base de este trabajo y que firman la segunda parte del libro (sus hijos Antonio y Juan Luis PÉREZ–MARÍN BENÍTEZ, con Matilde LERGA MANZANO). Estamos en el sentido mas amplio ante la doble obra de este ilustre Abogado, hombre cabal, honesto y trabajador incansable. Advertimos al lector que tanto Antonio PÉREZ MARÍN como los miembros integrantes de su Despacho no son precisamente autores noveles. Destacamos en este sentido una obra análoga a la recensionada, el libro *Ley de ordenación urbanística de Andalucía*, ISBN:9788498361742, Editorial Comares, Granada 2007 y la monografía Antonio PÉREZ MARÍN *Lo que queda del derecho urbanístico estatal español*, monografía asociada núm. 20 a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, Madrid 2009 o sus estudios en el marco del derecho público de temas tan sugerentes como *Autonomía local en materia de planteamiento urbanístico “versus” tutela administrativa: Algunas reflexiones*, en Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho / coord. por Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Juan Ignacio Font Galán, Vol. 2, 1991, ISBN 84–7801–121–8, pp. 257–280; *Igualdad y seguridad jurídica en los proyectos de compensación y reparcelación*, Revista de urbanismo y edificación, ISSN 1576–9380, Nº. 5, 2002, pp. 99–114; *¿Las garantías procesales obstaculizan el derecho a una tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1.CE?: apuntes a las últimas reformas legislativas*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo 21, 2010 (Ejemplar dedicado a: Conferencias del curso académico 2009/10. Homenaje a Don Victorio Magariños), pp. 525–605, etcétera. Que el equipo que ha producido la obra que recensionamos está vivo lo demuestra un hijuelo de la misma que es el estudio de Juan Luis PÉREZ–MARÍN BENÍTEZ y Cristina CASTELLANO BRAVO, *Intentos de ejecución de la Sentencia del TC sobre la cuenca del Guadalquivir; “La Toga”* núm.184, noviembre–marzo 2012, pp. 23–27 que complementa la narración de la historia interminable del embrollo creado por el Estatuto de Andalucía.

La obra se divide en dos partes. La primera parte, cuyo autor es íntegramente Antonio PÉREZ MARÍN, se estructura en ocho Capítulos. En el Capítulo I “El Derecho hidráulico” se realiza un acotamiento conceptual para el es-

tudio del Derecho hidráulico y se analizan las raíces históricas del Derecho hidráulico contemporáneo (CIRILO FRANQUET, el *Libro Blanco del agua en España* y el programa A.G.U.A.); los conceptos básicos hidráulicos (¿qué es recurso?, el ciclo hidrológico, afecciones sobre el ciclo hidrológico, recarga natural de acuíferos, recarga artificial de acuíferos, reutilización y desalación, demarcación hidrográfica, cuenca hidrográfica, masa de aguas, aguas de transición, aguas costeras, zonas húmedas, caudal ecológico, pantano, embalse y presa); aportaciones del Derecho comunitario al Derecho hidráulico contemporáneo. Cree PÉREZ MARÍN que la Directiva no contempla cuestiones esenciales como la titularidad pública o privada del recurso, los registros, la policía de aguas, organización institucional, régimen económico financiero, sancionador “*por lo que pese a su mitificación no es en modo alguno una Ley de Aguas Comunitaria*”. Por ello postula que se debe avanzar hacia visiones cada vez integradoras de los recursos hídricos, en los que a la calidad ecológica se sumen consideraciones cuantitativas de estos recursos, sobre todo y de forma casi acuciante, para los países mediterráneos.

El Capítulo II “Titularidad del dominio hídrico” estudia los bienes que integran el dominio hidráulico, el aprovechamiento del dominio hidráulico a título de dueño, el dominio hidráulico en nuestro Derecho histórico, la demanialización de los recursos hídricos continentales, superficiales y subterráneos en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, las aguas privadas, *las aguas subterráneas no renovables el dominio hídrico de los lagos, lagunas y el de los embalses superficiales en cauces públicos, las aguas pluviales y las estancadas del artículo 54*, las balsas. Realiza PÉREZ MARÍN un análisis especial de su Derecho transitorio, estudiando titularidad de las aguas minerales y termales, y, de forma particular, la naturaleza jurídica de las aguas desaladas que por imperativo legal ex art. 2 e) TRLA es demanial.

En el Capítulo III “La gestión del dominio público hidráulico” se estudian la Administración estatal del dominio público hidráulico y, de forma destacada, los Estatutos autonómicos y disposiciones que los desarrollan (Estatutos autonómicos con asunción de competencias en dominio público hidráulico, legislación autonómica de desarrollo y legislación ordinaria central que desarrollan las competencias estatales). Especial interés tiene, a nuestro juicio, el estudio que realiza de los problemas competenciales. Estudia así, en primer término, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el régimen jurídico de las aguas continentales –la planificación hidrológica y las obras hidráulicas como criterio delimitador de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas–. En segundo término, examina la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades –sentencias sobre los estatutos valenciano y catalán –STC 247/2007 y STC 31/2010, de 28 de junio y

*sus respectivos votos particulares*, STC de 16 de marzo de 2011 respecto EA de Andalucía y la STC 16 de marzo de 2011–.

En el Capítulo IV “Los Registros de Agua” se estudian de forma previa el agua como derecho subjetivo y como objeto autónomo de relaciones jurídicas. A continuación se analizan los registros públicos del recurso hídrico (Registro de aguas, Catálogo de aguas privadas y registro de la propiedad –nacimiento y utilidad de los registros, *inscripción de derechos, registros administrativos de aguas, evolución, aprovechamientos inscritos, clandestinos y abusivos, regulación de 1985, vinculaciones con otros registros públicos*– y la *situación actual* (Catálogo de aguas privadas, inscripción en el Registro de la Propiedad de los recursos hídricos, obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad del recurso hídrico, por las Administraciones Públicas, cualquiera que sea su título, inscripción en el registro de la propiedad del dominio hídrico por títulos privados). Especial relevancia por su interés tiene la posición de PÉREZ MARÍN sobre perspectiva registral que sintetiza en las páginas 239 y 240 de la obra. Culmina este Capítulo la denuncia de PÉREZ MARÍN de prácticas abusivas de las Administraciones hidráulicas que obstaculizan cuando no impiden las inscripciones registrales en el Registro de la Propiedad: la demanialización total del recurso hídrico continental (en concreto respecto de expedientes administrativos de autorización de caudal inferior a 7.000 m<sup>3</sup>; expedientes de inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas y de modificación de características de aprovechamientos privados).

En el Capítulo V “la protección jurídica del dominio público hidráulico” aborda facultades y prerrogativas para la defensa del dominio público y de los bienes patrimoniales: recuperación de oficio, deslinde administrativo y otras prerrogativas. Particular interés tiene el estudio del deslinde en el que analiza el deslinde administrativo en el TRLA, en la Ley de Minas, en la Ley de Costas sistematizando la *doctrina de la Sala Primera* (en relación a la jurisdicción competente, en cuanto al concepto de zona marítimo-terrestre y el valor de compensación en los casos que procedan) y la doctrina de la Sala Tercera. En este Capítulo se examina igualmente con particular detalle la potestad sancionadora (potestad sancionadora en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, potestad sancionadora en el TRLA: la actividad de policía, *exégesis del artículo 94 TRLA*, potestad sancionadora en la legislación minera desde la perspectiva de las aguas minerales y termales, potestad sancionadora en las leyes de Costas y Aguas, desde la perspectiva de las aguas desaladas). PÉREZ MARÍN tiene serias dudas sobre la constitucionalidad del artículo 94 TRLA por cuanto habilita a la entrada y permanencia en los ámbitos objeto de inspección que, obviamente, si constituyen domicilio necesitan autorización judicial.

En el Capítulo VI, bajo la rúbrica “El régimen económico–financiero del dominio público hidráulico” se estudian los precedentes legislativos del sistema. Estudia así el artículo 61 bis de la Ley 46/1999, de Aguas, analizando exhaustivamente los cánones de utilización de bienes de dominio público hidráulico, canon de control de vertidos, canon de regulación, tarifa de utilización del agua y las normas comunes al canon de regulación y a la tarifa de utilización del agua.

El análisis de la tarifa de utilización del agua en el TRLA constituye una verdadera guía para el sujeto pasivo contribuyente que desbroza el procedimiento de gestión y autoliquidaciones de las exacciones hidráulicas (naturaleza jurídica de las autoliquidaciones, recaudación y el problema de las exenciones de pago). Lo mismo cabe decir del estudio del canon de control de vertidos (hecho imponible, sujetos activo y pasivo, exenciones cuota tributaria, *deducciones de la cuota, devengo y período impositivo*). El Capítulo VI culmina con el examen del régimen económico–financiero del dominio hidráulico.

El Capítulo VII “El agua como mercadería” analiza el agua como recurso natural, como bien económico y como bien económico productivo. El núcleo de este Capítulo VII es el análisis de los mercados de agua y *las transacciones hídricas en España antes y después del TRLA. De modo especial se pasa revista a los contratos de cesión de derechos, los centros de intercambio de derechos bancos públicos de aguas en las leyes autonómicas, análisis comparativo de los centros de intercambio de derechos y los bancos públicos de aguas, y las dificultades que ofrece la instauración en España de los bancos públicos de aguas. A juicio de PÉREZ MARÍN, sería deseable que se modificara la exigencia de que el receptor de la cesión temporal derecho al uso privativo tenga que ser otro concesionario o titular de igual o mayor rango. PÉREZ MARÍN cree que el titular de aprovechamiento de aguas privadas inscritas o no en el Catálogo, puede disponer de su derecho, sin perjuicio de que esa transmisión incorpore en sus estipulaciones que se trata de un “propiedad intervenida y limitada”. Respecto los Bancos de aguas *sui generis* introducidos en el TRLA augura que la falta de tradición y experiencia en estas prácticas hace poco probable que se recurra a ellas no obstante su utilidad para particularmente garantizar cultivos de alto valor añadido en situación de sequía extraordinaria, y sobre todo, para asegurar el abastecimiento a poblaciones.*

Por último, cierra la primera parte de la obra el Capítulo VIII “La obra pública hidráulica”. PÉREZ MARÍN parte de los antecedentes históricos centrándose en el contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, las clases de obras hidráulicas y su régimen jurídico. Especial inte-

rés tiene el estudio realizado sobre las plantas desaladoras. A juicio de PÉREZ MARÍN podría ser una buena solución atraer a los inversores privados a estas grandes infraestructuras hidráulicas que constituyen las desaladoras si bien han de buscarse otros incentivos pues la propiedad especial del dominio hidráulico desalado a favor de la iniciativa privada que apueste por esta infraestructura por sí sola es poco atractiva pues hoy lo importante es la ordenación efectiva que se establezca para el uso de los recursos hídricos, no la etiqueta de dominio público o privado que puedan recibir.

La segunda parte de la obra tiene dos objetos diferenciados. El primero de ellos es el análisis del art. 51 Estatuto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Se hace una verdadera disección del precepto mostrando el proceso de aprobación –actuaciones previas a la presentación en el Parlamento de Andalucía, tramitación parlamentaria en el Parlamento de Andalucía, Congreso de los Diputados, Senado, ratificación del Estatuto y sus referendums– y la incidencia de la STC 30/2011, de 16 de marzo, en disposiciones estatales y autonómicas dictadas en materia hidráulica. Se examina el devenir *post* STC 30/2011. En particular, el Convenio suscrito por el Estado y la Junta de Andalucía formalizando una encomienda de gestión temporal a favor de la Junta de Andalucía suscrito el 5 de abril de 2011.

Los autores rechazan la fórmula que crea inseguridad jurídica y propugnan un Real Decreto Ley que restablezca las cosas al estado en que se encontraban. Del mismo modo, propugnan una pequeña reforma del TRLA que aborde cuestiones por resolver y denunciadas doctrinalmente. A título de ejemplo, proponen incorporar las aguas minerales y termales al TRLA o modificar la Ley de Costas para incorporar las aguas costeras y de transición al Dominio Hidráulico Continental y regular las discrepancias de la Disposición transitoria segunda de la Ley 10/2001, de 5 de julio con las Disposiciones transitorias segunda y tercera TRLA). Los acontecimientos ha dado la razón a los autores en su crítica al voluntarismo y la falsa ingeniería jurídica. Tras la aprobación del Real Decreto 1498/2011, de 21 de octubre, por el que, en ejecución de sentencia, se integran en la Administración del Estado los medios personales y materiales traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, publicada en BOE el pasado sábado 22 de octubre, la Administración General del Estado asume las competencias para la gestión de las aguas de la demarcación hidrográfica del Guadalquivir. De este modo se da cumplimiento a lo establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de marzo de 2011. El decreto aprobado por el Gobierno contempla la integración en la Administración del Estado del personal funcionario y laboral, así como los puestos de trabajo vacantes traspasados en 2008, que

quedarán adscritos a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir. La Administración General del Estado integra el personal transferido, que entre funcionarios y laborales supone algo más de 630 personas. El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 13 y 14 de junio de 2011, estimando los recursos contencioso-administrativos números 1/2009, 2/2009 y 66/2008 interpuestos contra el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, había declarado la nulidad del Real Decreto impugnado.

El otro objeto de la segunda parte de la obra que recensionamos es el análisis crítico de la Ley de Aguas para Andalucía 9/2010, de 30 de julio con comentarios a su texto articulado, y análisis de tramitación parlamentaria. Los autores consideran la norma innecesaria, inoportuna y probablemente inconstitucional a la luz de la STC 30/2001, de 16 de marzo.

Por último, hemos de dar cuenta de los últimos acontecimientos posteriores a la publicación de la obra. El Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto, añadió al texto refundido de la Ley de Aguas una disposición adicional decimocuarta que habilitaba a determinadas Comunidades Autónomas para el ejercicio de facultades de policía de dominio público hidráulico en las cuencas intercomunitarias, así como para la tramitación de los procedimientos a que dieran lugar sus actuaciones hasta la propuesta de resolución. El *Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, a fin de evitar* con esta reforma pueda verse afectado el principio de unidad de gestión, deroga las previsiones introducidas por el Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto.

La obra que recensionamos que constituye un verdadero manual de Derecho de Aguas, como fácilmente habrá deducido el lector a esta altura de la recensión. Es una obra sobre problemas y aspectos que trascienden lo jurídico (pues se reflexiona sobre la propia dimensión del Estado Autonómico y la política y administración hidráulica). Para cualquier lector el libro introduce a las grandes ideas y conceptos del Derecho de Aguas de la mano de los hitos del proceso (TRLA, Ley de Aguas para Andalucía, EA, Jurisprudencia Constitucional y del Tribunal Supremo. PÉREZ MARÍN reflexiona sobre los grandes problemas con fondo jurídico y cierto inconformismo irreverente. Me atrevo a decir que lo que mueve al autor es la curiosidad por saber y por conocer de un espíritu inquieto y joven. Los años de experiencia profesional de PÉREZ MARÍN y su equipo rezuman por los poros de la obra. El despliegue y manejo de la jurisprudencia civil, contencioso-administrativa y penal es brillante. El discurso, *que es propio*, se construye, adorna y enriquece con la sólida base jurisprudencial y doctrinal –el autor las llama “sus muletas”–. Culminan muchos

de los capítulos y epígrafes de la obra que recensamos con un “Nuestra Posición” que tanto se echa de menos de la mayoría de lo que ahora se escribe. En este sentido, nos hallamos ante una obra de gran valía intelectual que, a nuestro juicio, se añade a la colección de las mejores monografías en Derecho de Aguas del panorama nacional.

Jesús JORDANO FRAGA  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

**Suzana Tavares Da Silva, *Direito da Energia*, Ed. Coimbra, 2011.**

El libro *Direito da Energia* constituye un completo curso sobre el régimen jurídico aplicable al sector energético en Portugal. Para ello, la Prof. Da Silva no se limita a la exposición del marco normativo sino que aporta importantes datos de la realidad de este sector económico, así como, destacadas referencias al Derecho comparado (España, Francia o Alemania) que permiten obtener una completa visión de dicha regulación.

La estructura de la obra es muy sencilla, distinguiéndose en la misma tres partes. La Parte Primera se dedica al encuadre del Derecho energético en el Derecho Administrativo; la Segunda analiza la organización de los sectores energéticos tradicionales (petróleo, electricidad y gas), ocupando el grueso de la obra; y la Parte Tercera se centra en la regulación de la eficiencia energética. La Parte Primera de este estudio se inicia mostrando la evolución de la intervención del Estado en el sector de la energía, donde se ha pasado de la titularidad estatal en la prestación de servicios energéticos a su liberalización y regulación. A dicha liberalización ha contribuido la necesidad de crear un mercado interior de la energía a nivel de la Unión Europea (UE). Las políticas y la regulación comunitaria en la materia han influido en la política interna de Portugal cuya última *Estrategia Nacional para la Energía* del año 2010 supone una clara apuesta por el fomento en el uso de las energías renovables. La incidencia del Derecho ambiental en el sector energético y la europeización e internacionalización que se viene produciendo del Derecho Administrativo llevan a la autora a afirmar la “autonomía” del Derecho de la energía, a cuya consolidación asistimos a principios de este siglo.

La Segunda Parte de esta monografía trata la organización del sector petrolífero y de los combustibles, del sector eléctrico y del gas natural, así como, los aspectos regulados de estos sectores energéticos y las infraestructuras que los sustentan.

En lo referente al sector del petróleo y los combustibles se diferencia entre la fase de prospección, investigación y producción del petróleo (fase *upstream*), la fase de almacenamiento, posterior a la extracción (fase *midstream*) y las actividades de refino, almacenamiento, transporte y distribución (fase *downstream*). Las actividades que integran esta última fase, predominante en Portugal al ser un país carente de dicho recurso geológico, se ejercen en régimen de libre mercado por entidades privadas, sin perjuicio de que el Gobierno pueda imponer “obligaciones de servicio público” o realizar reservas de seguridad, especialmente de petróleo, con el objeto de poder hacer frente a situaciones de crisis u otras eventualidades. En cuanto al tema de los combustibles se destaca la trasposición al Derecho interno de las Directivas comunitarias sobre fomento en el uso de las energías renovables y sobre transporte por carretera limpio, lo que supone una apuesta por el uso de los biocombustibles en sector de los transportes.

El sector eléctrico es objeto de un vasto análisis, impregnado de la normativa de armonización dictada en la materia por la UE. Al respecto se estudia la producción, transporte, distribución y comercialización de la electricidad. La actividad de producción se ejerce en régimen de libre concurrencia, distinguiéndose, como ocurre en la regulación española, el régimen ordinario del régimen especial, caracterizándose este último por la concesión de incentivos para la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables o cogeneración. Por su parte, el transporte y la distribución se ejercen en régimen de concesión de servicio público por decisión político-legislativa; siendo de destacar que las actividades e infraestructuras de distribución de electricidad en baja tensión son de titularidad municipal, correspondiendo a los municipios su concesión. En cambio, la actividad de comercialización es libre, debiendo resaltarse en relación a la misma las obligaciones de información al consumidor que debe cumplir el comercializador, las obligaciones de servicio universal a que se sujeta el comercializador de último recurso para clientes en baja tensión (p.ej. la venta de electricidad según tarifas reguladas) o el mecanismo de mutuo reconocimiento entre los comercializadores de electricidad españoles y portugueses en el marco de Acuerdos Internacionales entre ambos Estados. Por otro lado, los mercados eléctricos, por las peculiaridades que conllevan ante la imposibilidad de almacenar la electricidad, son objeto de estudio en este libro, prestándose especial atención al Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica creado por Acuerdo Internacional entre España y Portugal.

La Prof. Da Silva realiza una mención especial, en el marco del sector eléctrico, a las energías renovables, a las cuales podría haberse referido al tratar el régimen de producción, pero que –acertadamente creemos– se estudia en un epígrafe diferenciado, en la medida en que su exposición trasciende del régimen de producción a partir de estas fuentes energéticas limpias para referirse al completo encuadre normativo y conceptual de las mismas. Ello permite al lector percatarse de la relevancia de este subsector energético.

Un importante número de países comunitarios, entre ellos España y Portugal, están apostando por el régimen de producción de electricidad a partir de fuentes de energías renovables, el llamado régimen especial de producción, aunque la actual crisis económica está frenando su impulso, como en el caso español a través del reciente *Real Decreto Ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos*. En este sentido, la Prof. Da Silva pone de manifiesto el problema que se plantea para hacer frente al sistema de retribución basado en una tarifa subvencionada que permita a estos productores cubrir los mayores costes que conlleva la producción de electricidad a partir de fuentes de energías limpias. Es precisamente –como indica la autora– cuando esas energías empiezan a adquirir dimensión en el mercado energético, cuando su régimen retributivo comienza a plantear problemas económicos en materia tarifaria, los cuales se tratan de solventar a nivel de la UE mediante varios regímenes de apoyo a las energías renovables, y a nivel nacional a través del sistema de garantías de origen.

Otros aspectos objeto de tratamiento en este apartado son: 1) los objetivos nacionales de introducción de energías renovables a los que se refiere el *Plan Nacional de Acción para las Energías Renovables*, objetivos ya plasmados en una norma interna; 2) la clarificación de su concepto; 3) la enumeración de las distintas fuentes energéticas alternativas que realiza la Agencia Internacional de la Energía; 4) y la trasposición al Derecho interno de la *Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento en el uso de las energías renovables*, la cual se encuentra pendiente de su completa trasposición en nuestro país. Estas referencias genéricas a las energías renovables se van concretando con el análisis del régimen jurídico aplicable al sector eólico y al hidráulico, los de mayor implantación en Portugal, al régimen de la energía solar fotovoltaica (poco explotada en este país); de la biomasa; de la energía producida a partir de las olas del mar; la microgeneración; y la cogeneración o producción simultánea de energía térmica, eléctrica y/o mecánica, con la que se logra una mayor eficiencia energética.

Relacionado con el fomento de las energías limpias se encuentra la denominada “movilidad eléctrica”, o sea, el uso del vehículo eléctrico, potenciado mediante un programa de incentivos y una importante regulación interna relativa a todas las actividades que intervienen en esa movilidad eléctrica, incluidos los puntos de recarga. Esta técnica permite reducir el uso de combustibles a favor de la electricidad, lo que incide favorablemente en la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero si aquella se produce a partir de fuentes energéticas alternativas a las energías fósiles.

El último de los tradicionales sectores energéticos al que se alude en este estudio es el del gas natural. Este sector se incorpora tardíamente en Portugal, en 2008, a la tendencia liberalizadora con la que se pretende alcanzar un régimen de mercado de la energía. Hasta entonces el mercado interno del gas natural en Portugal se califica como “mercado emergente”, lo que le permite mantener un régimen excepcional de concesiones de servicio público para las actividades de importación, transporte, almacenamiento y distribución. No obstante, desde el año 2001 se van introduciendo pequeños avances para lograr dicho mercado, siendo de destacar al respecto el Acuerdo entre España y Portugal para implantar el Mercado Ibérico del Gas.

Cerrando la Parte Segunda del libro se contiene un epígrafe referido a la intervención regulatoria y otro relativo a las infraestructuras energéticas. En el primero de ellos, se analizan desde las entidades reguladoras hasta aspectos sectoriales del sector energético sometidos a regulación. Se trata así la necesidad de crear autoridades independientes para la regulación de sectores como el eléctrico y el gasista, una vez sometidos a un régimen de privatización y liberalización. Si en España la entidad reguladora es la Comisión Nacional de la Energía, en Portugal la Entidad Reguladora del Sector Energético (ERSE) se crea en 1995, denominándose posteriormente Entidad Reguladora de Servicios Energéticos. No obstante, el régimen de nombramiento de sus miembros y la determinación de sus funciones hacen cuestionarse a la autora la independencia de esta Entidad. Otras muestras de esta importante intervención regulatoria la constituyen: la regulación de la planificación de las redes, del mercado de combustibles, la labor de la Agencia Europea de Cooperación de los Reguladores de la Energía o de la Agencia Internacional de la Energía.

Por lo que respecta a las infraestructuras energéticas se estudia la naturaleza jurídica de las redes eléctricas y gasistas construidas en régimen de concesión administrativa; el derecho de acceso de terceros a la red como técnica que sirve para romper con el monopolio natural de las redes y que facilita la apertura al mercado de estos sectores económicos; la regulación de las redes transeuropeas

de energía y las redes energéticas a nivel nacional, constituidas estas últimas por la Red Eléctrica de Servicio Público y por la Red Pública de Gas Natural.

Para concluir, en esta destacada obra se introduce una Parte Tercera dedicada a “las ramas especiales del Derecho de la Energía” en la que se nos presenta el régimen jurídico de la eficiencia energética, y donde consideramos debiera también incluirse todo el régimen aplicable al fomento de las energías renovables. El sector de la eficiencia energética se está viendo potenciado a través de recomendaciones para su implantación por parte de la Agencia Internacional de la Energía y por las políticas y la regulación de la UE, las cuales vienen condicionando la normativa interna portuguesa en esta materia. Resulta novedosa la implantación en Portugal del “servicio de interrupción”, que constituye un servicio de gestión de la demanda, que prestan algunos consumidores de electricidad al operador de la red de transporte y por el cual son retribuidos. Otras medidas nacionales como: la utilización de criterios de eficiencia energética en la contratación o en la edificación, los sistemas de movilidad e iluminación sostenible en las ciudades o la creación de un fondo para la eficiencia energética, contribuyen al logro de la misma. También, la fabricación de productos que consumen energía, cada vez más eficientes, ha sido objeto de regulación por la Unión Europea y a nivel nacional, constituyéndose en una importante medida de eficiencia energética siempre que se consiga incidir en la decisión de compra de los consumidores.

En definitiva, el libro “*Direito Da Energia*” de la Prof. Da Silva es una obra de ineludible lectura para todos los operadores jurídicos (jueces, profesores, abogados...) y estudiantes que pretendan conocer el régimen jurídico del Derecho energético en Portugal. La claridad expositiva de la autora facilita la comprensión de una normativa cuya terminología resulta, a veces, difícil de entender. Así, la obra que recensamos supone un completo análisis de los sectores energéticos tradicionales (electricidad, petróleo y gas), incorporando una rama emergente del Derecho Energético, íntimamente relacionada con el Derecho Ambiental, el régimen jurídico aplicable a las energías renovables y a la eficiencia energética. Y todo ello se realiza partiendo de la más reciente regulación comunitaria y mostrando la evolución que la necesaria plasmación de un mercado energético ha producido en la normativa interna portuguesa. Datos empíricos de dicho sector económico vienen a dar al lector una completa visión de la realidad normativa del Derecho Energético Portugués.

Pero además, –como sostiene la autora– este Derecho de la Energía no sólo se caracteriza por ser una rama sectorial y autónoma del Derecho Administrativo, sino que además, la intervención regulatoria en dicho sector está cla-

ramente incidiendo en la conformación de un nuevo Derecho Administrativo, donde la Administración deja de prestar servicios en red esenciales para los ciudadanos, pero no renuncia a su regulación y control.

Isabel González Ríos  
 Prof. Titular de Derecho Administrativo  
 Universidad de Málaga

**GONZÁLEZ RÍOS, I., *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 375 páginas.**

Con esta Monografía, la Profesora de Derecho administrativo Isabel González Ríos, de la Universidad de Málaga, conocida entre la doctrina por sus aportaciones sobre bienes y sanidad animal, culmina el camino iniciado años antes en su investigación sobre energías renovables y eficiencia energética, y que ha dado lugar a algunas investigaciones ya publicadas sobre el tema. Así, dos artículos en revistas:

- “La contaminación lumínica: implicaciones urbanísticas, demaniales y de eficiencia energética”, publicado en la Revista de estudios de la administración local y autonómica, N.º. 307, 2008;
- “Régimen jurídico de la eficiencia y el ahorro energético”, publicado en la Revista jurídica de Navarra, N.º 50, 2010;

Y dos capítulos de libro:

- “Régimen jurídico administrativo de la eficiencia energética en la edificación”, en la obra *Estudios sobre derecho de la edificación* / coord. por Ana Cañizares Laso, 2010;
- “Energías renovables y eficiencia energética: política y regulación comunitaria y nacional” en la obra *La administración pública entre dos siglos: (Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo): Homenaje a Mariano Baena del Alcázar* / coord. por Manuel Arenilla Sáez, Ángel Manuel Moreno Molina, Martín Bassols Coma, Rafael Entrena Cuesta; Mariano Baena del Alcázar (hom.), 2010.

El libro está prologado por el Catedrático D. José María Souvirón Morenilla y consta de dos partes principales, aunque enunciadas un tanto equívocamente, pues la primera se titula “La regulación de las energías renovables y de la eficiencia energética”; y la otra, de manera casi idéntica “Régimen jurídico de las energías renovables y del ahorro y la eficiencia energética”. La cosa se aclara cuando se analiza el índice, pues la primera parte se centra en el estudio del reparto competencial en materia de energías renovables, su organización administrativa y la regulación de las energías renovables y de la eficiencia energética a nivel comunitario, estatal y andaluz. En cambio, la segunda estudia el engarce de las energías renovables en el sector eléctrico, el régimen especial de producción y transporte de la electricidad renovable, y la eficiencia y el ahorro energético, cerrando el libro un capítulo sobre régimen sancionador.

Quizás el momento de publicación de la Monografía no haya sido el más oportuno, como indica la propia autora, pues a pesar de que tenemos relativamente cercanos dos importantes hitos sobre el tema en el Derecho Comunitario, como la Directiva 2009/28, de Fomento de las Energías Renovables, y la Directiva 2009/72, sobre Normas comunes para el mercado interior de la electricidad, estamos aún pendientes de la próxima elaboración de una muy necesaria Ley estatal de Energías Renovables y de Eficiencias energética, que deberá aunar los preceptos sobre producción de electricidad en régimen especial de la Ley del Sector Eléctrico, las contenidas en la Ley de Economía Sostenible y en la Ley de Protección de la Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera. También sería deseable, como apunta la autora, que existiera un reglamento estatal de autorización de las instalaciones eléctricas provenientes de energías renovables, que, evidentemente, sería sólo aplicable supletoriamente a las CC.AA. que no hayan establecido un procedimiento propio, pero que jugaría un importante papel para ellas como marco e inspiración.

Esto hace que el libro nazca con el pie quebrado, o cambiado, pues la compleja y dispersa normativa actual, construida sobre la marcha, con abundantes reglamentos estatales y autonómicos, algunas leyes sectoriales, y pocas certidumbres, está abocada a desaparecer pronto, al menos eso esperamos los autores que hemos tocado el tema, y que hemos sufrido el hermetismo y la volatilidad normativa del sector energético.

Pero, por otra parte, no es menos cierto que son ya muchos los pasos que la Unión Europea y España han dado en la dirección de fomentar el empleo de las energías renovables, y ello bien merece el esfuerzo de compendio que este libro realiza de manera afortunada. Así, el nacimiento del reciente Título XXI del Tratado de Lisboa, sobre Energía, que ha habilitado a la UE para el ejercicio

de las competencias compartidas al respecto, si bien limitadas al fomento, y vedadas en la práctica a cualquier intento de influir en la forma de abastecimiento energético por parte de los Estados, cuestión donde la soberanía nacional es muy celosa de cualquier intromisión comunitaria.

Frente a ese debut de las competencias comunitarias, a los entes locales, como bien ha denunciado la autora, se les han escatimado competencias propias sobre energía, no existiendo como tales en la LRBRL, a pesar de que la Directiva 2009/28 impone la participación de los mismos en la elaboración de los planes de acción nacionales, así como su capacidad de crear planes de calefacción y refrigeración comunitarios, más baratos que los puramente privados.

En materia de organización administrativa, estamos completamente de acuerdo con la autora en su crítica sobre el desparramamiento de competencias en dos Ministerios (Industria, Turismo y Comercio; Medio Ambiente) y en hasta tres organismos públicos estatales (IDEA, CNE, CIEMAT). Lo mismo cabría decir a nivel autonómico, y hasta local. La autora aboga por la concentración de las competencias energéticas a nivel nacional, algo a lo que ayudará la Conferencia Sectorial de la Energía recién creada por la Ley de Economía Sostenible, si bien su carácter político le augura un decurso tormentoso. También ve con buenos ojos la creación de un Defensor o mediador nacional sobre energía, a la manera francesa, si bien parece lógico pensar en su dificultad, a la vista de los tiempos de crisis económica superlativa que vivimos.

Acierta la autora al investigar la evolución del enfoque comunitario sobre energía: de medidas voluntarias para los Estados hemos pasado a exigencias jurídicas coercitivas: no ya sólo del famoso 20/20/20, sino también en medidas sectoriales de consumo obligado de biocarburantes. A este respecto tenemos que recordar el avance que en Andalucía ha supuesto el Título III del 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, que impone obligaciones de uso de biocarburantes y biogás. Esas mismas obligaciones ya existen en el sector transportes, contratación o edificación. E igualmente las imposiciones que recoge la Ley de Economía Sostenible y el Real Decreto-Ley 6/2010, de 2 de abril, de medidas de impulso de la recuperación económica y del empleo, que regula los servicios de recarga energética. Y diversos planes de acción Plan VIVE, MOVELE, Plan 2000E, etc.

La autora hace un interesante recorrido por las dos Directivas de 2009 citadas, la 28 y la 72, y considera que son tres los pilares que las sustentan: libera-

lización del mercado, mediante la creación de un mercado eléctrico europeo; nacimiento del servicio universal en materia eléctrica, con su correspondiente deber de atención a los clientes menos favorecidos económicamente, que ella denomina de forma reveladora de “pobres energéticos”; y la imposición de obligaciones de servicio público, que la Directiva 2009/28 permitiría enfocar hacia obligaciones de uso de energías renovables y de eficiencia ambiental. Es en este concreto tercer punto donde, efectivamente, nuestra dispersa legislación estatal aún no ha transpuesto dichas Directivas, aunque sí las pocas CC.AA. que han aprobado ya sus leyes de energías renovables, como Andalucía, Castilla–la Mancha y Murcia.

La Profa. González Ríos realiza otras propuestas, algunas ya respaldadas por la doctrina, como la necesidad de coordinación de la planificación energética y la planificación urbanística y de ordenación del territorio, debiendo ser ésta tributaria de aquélla, recogiendo sus normas y directrices.

No me parece tan idónea la idea de incluir elementos vinculantes en la planificación estatal de la actividad de producción, actualmente de carácter meramente indicativo, como los objetivos a alcanzar en producción de electricidad renovable o la distribución espacial ordenada de las instalaciones, imponiendo limitaciones. Recordemos que la liberalización comunitaria de la producción impediría este tipo de imposiciones, por lo que creo más adecuado el empleo de medidas de fomento, con las que atraer a los potenciales productores a las zonas deseadas por la Administración. Considero que esas ayudas, sumadas a los estudios objetivos de viabilidad de la producción, a la obligación que pesa sobre los productores de costear su enganche a la red eléctrica y los permisos o autorizaciones de acceso, servirían de instrumento disuasorio frente al desorden geográfico de las instalaciones.

La Profa. González Ríos se muestra contundente, con razón, con el complejísimo procedimiento autorizatorio de instalaciones de producción de electricidad procedente de fuentes de energía renovable, que viene a durar mucho más de lo deseado, y que, en estos momentos, se encuentra plenamente enfrentando a la simplificación, premura y claridad que reclaman las dos Directivas europeas citadas. Es buena idea que estos procedimientos se centralizaran en ventanillas únicas autonómicas, que englobaran los trámites de las tres Administraciones territoriales en liza. En esto ayudaría, ciertamente, el Catálogo de procedimientos que prevé la Ley de Economía Sostenible, cuya elaboración debe de correr a cargo del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que exige, además, que en ellos se adecúen las distintas tecnologías, tamaños y usos.

Sin embargo, es perfectamente criticable, y así lo hace la autora, la decisión de algunas CC.AA., entre ellas Andalucía, de abrir, con carácter previo al procedimiento de instalación, un procedimiento de licitación, que pugna abiertamente con la liberalización de la producción eléctrica que exige la Directiva 2009/72, y que debe de quedar sólo en manos del Estado como mecanismo subsidiario a los procedimientos autonómicos autorizatorios de las instalaciones, cuando éstos no hubieren garantizado la capacidad de generación suficiente.

A la abundante normativa comentada habría que añadir dos normas muy recientes, que, evidentemente, no han podido ser incluidas: el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. Y el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gaseista, que incluye en el ámbito de aplicación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, al biogás, al gas obtenido de la biomasa y a otros tipos de gas, siempre que sea técnicamente posible su inyección en la red de gas natural, art. 54.

Tal vez la parte más novedosa del libro es la dedicada a eficiencia energética, por estar menos estudiada por la doctrina que el propio tema de las energías renovables. Evidentemente, a la espera de esa ley estatal que la regule de manera unificada, hay que recordar que el Derecho comunitario nos exige un ahorro energético del 20% en 2020, pero resulta un tanto desalentadora la mera observación de la cantidad de normas sectoriales que se han ido aprobando a golpe de decreto: alumbrado exterior, transporte, edificación... y de lo mucho que falta por regular: redes inteligentes, contadores inteligentes, instalaciones solares en vuelo, planificación urbanística y territorial, etc. Curiosamente, aún está por transponer completamente, como nos recuerda la autora, la Directiva UE/31/2010, sobre Eficiencia energética en los edificios.

Es tal vez por ello por lo que el fomento se convierte en la técnica más idónea en las Administraciones locales, que siempre podrán aprobar planes y programas de ahorro y eficiencia energética, así como Universidades, empresas públicas, corporaciones, etc.

La futura Ley de Movilidad Sostenible, ya anunciada, debería recoger toda la normativa reglamentaria estatal, y darle coherencia, que debería incluir, incluso, medidas de concienciación, educación, contratación administrativa, investigación, etc., al igual que debería hacerse en la futura Ley estatal de Energías Renovables y de Eficiencias energética.

Respecto a las infracciones y sanciones administrativas, considera muy adecuadamente, la Profa. González Ríos, que las leyes y reglamentos estatales y autonómicos sobre energías renovables, calidad del aire, eficiencia, etc., no parecen respetar los umbrales recogidos en la Ley del Sector Eléctrico, que deberían serles aplicables.

En definitiva, se trata de un muy loable esfuerzo de síntesis de la Profa. González Ríos, en el siempre complejo sector de las energías renovables y la eficiencia energética, que no se queda ahí, sino que cumple plenamente con la función principal del investigador, que es la de realizar propuestas de mejora, algunas de las cuales son pertinentes y adecuadas. La felicitamos, así, por poner punto (¿final o seguido?) tan acertadamente con esta Monografía a la línea de investigación que abrió hace años sobre el tema.

Antonio José Sánchez Sáez  
Prof. Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

**MARTÍN VALDIVIA, S. M<sup>a</sup> (coordinador), AGUIRRE FERNÁNDEZ, B., CUESTA REVILLA, J., JIMÉNEZ SANJUAN, M. A., *La gestión urbanística en Andalucía*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.**

Tienen razón los autores de este volumen cuando afirman en la nota introductoria que en la actualidad textos legales y realidad, en materia urbanística, discurren por universos paralelos. Igual podría decirse, *mutatis mutandis*, del planeamiento aprobado y de las posibilidades de transformación de éste que en el momento actual pueden dibujarse. La crisis económica y financiera que estamos padeciendo no ha hecho más que ponerlo de manifiesto. Y es que, como es suficientemente conocido y así ha sido reiteradamente diagnosticado, la facilidad para el acceso al crédito por parte de promotores y familias, los altos excedentes económicos generados en el sector inmobiliario, propiciados, además, en un marco de optimismo empresarial y social generalizado donde en dema-

siadas ocasiones entró en juego la inversión especulativa y con una vivienda convertida también en una forma de inversión de viejos ahorros y dinero negro y, sin olvidar, los beneficios que asimismo dicha actividad producía para entidades financieras y poderes públicos, determinó que la concurrencia simultánea de esos incentivos fuera determinante para un incremento sin precedentes de la actividad inmobiliaria y su consiguiente traducción en el cambio del uso tradicional de suelos y espacios que no siempre ha podido ser calificada de adecuada. Los titulares periodísticos recurrentes en los últimos años dan crónica de ello y las sucesivas reformas legales no han sido, en la mayoría de los supuestos, sino una palmaria muestra de que la realidad ha ido conformando el marco regulatorio que, casi siempre, ha ido por detrás y no a la vanguardia de lo que demandaba el uso racional del territorio.

Y es que si bien es notorio que una gestión urbanística racional y adecuada permite a los territorios y a las ciudades oportunidades de desarrollo y bienestar, no parece estar de más apostillar, y pienso que en esto toda persona sensata estará de acuerdo, que el término desarrollo ha de ser cabalmente entendido sino queremos volver a repetir la historia de estos últimos años y llenar de grúas el *sky line* de nuestras ciudades. La clave de lectura es que esa situación no se ha detenido como consecuencia de los marcos legales de que disponíamos en esos momentos, sino, muy por el contrario, por circunstancias en principio ajenas al urbanismo como lo es la crisis financiera global y su traducción en el endurecimiento de las condiciones de acceso al crédito.

Lo cierto, sin embargo, es que también producto de este proceso se ha producido una notoria sofisticación de las técnicas urbanísticas. De las vetustas, técnicas de ordenación y transformación del suelo, vistas ahora retrospectivamente y subrayando su excelente corte técnico, de los años setenta a las que, fundamentalmente a partir de la década de los noventa pero sobre todo con la promulgación de la normativa autonómica de la materia, se pusieron en marcha hay una muy apreciable diferencia baste a título de muestra el cambio de protagonismo de los propietarios en la materia. Aunque también, como ha de subrayarse, las mismas se encuentren en una situación de *stand by* dada la ausencia, no ya de la iniciativa privada muy retraída dada la situación del stock inmobiliario, sino también de la iniciativa pública que no puede asumir este testigo que ha quedado abandonado a su mejor suerte.

De hecho las reformas legales que se anuncian, como es el supuesto de Andalucía, van en una nueva dirección o al menos matizan el rumbo de las políticas seguidas en esta última década. Si a principios de este siglo la urgencia se centró en poner un cierto freno al desarrollo urbanístico desenfrenado, sin per-

juicio de facilitar, asimismo, agilizar las actuaciones urbanísticas dirigidas a la plasmación de lo planificado, en el momento actual las reformas que se anuncian en Andalucía, y que vienen mayormente aconsejadas por la situación económica que por otras consideraciones, vuelven a poner el acento en la incentivación de la actividad urbanística.

Pero estos son los vaivenes de la ordenación urbanística. Y de la frecuente y pudiera decirse que recurrente disociación entre el planeamiento y la situación económica del país que ha acontecido en más de una ocasión. En el ámbito estatal de la legislación del 92, a la del 98, y a la actualmente vigente de 2008 hay cambios de rumbo relevantes. En Andalucía también se han producido y asistimos en el momento presente a uno nuevo. Si como sabemos la LOUA de 2003, en materia de gestión urbanística, donde la Administración tiene libertad de elección del sistema de actuación a diferencia de otras Comunidades Autónomas (Murcia, Aragón, Castilla-León, etc), mantuvo las transferencias de aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano consolidado, universalizó la reparcelación en los sistemas de actuación sistemática (bien que, como ponen de manifiesto, los autores, sin una regulación completa lo que obliga a integrar tal regulación con el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978) y, asimismo, mantuvo los sistemas de compensación, cooperación y expropiación para las actuaciones sistemáticas, sin perjuicio de poder gestionar los mismos de forma directa, o bien, indirectamente mediante la concesión a un agente urbanizador concebido sólo como alternativa de gestión indirecta en los sistemas de cooperación y expropiación, y como posibilidad de actuación y de iniciativa propia en el de compensación, los tiempos que corren anuncian modificaciones dirigidas a una mayor agilización y flexibilización en la actividad urbanística.

Entre éstas últimas, la sustitución de la cesión de suelo para equipamientos y dotaciones que legalmente deben realizar los promotores a favor de los ayuntamientos por una cuantía económica equivalente a su valor, cuando el terreno no alcance unas dimensiones mínimas exigibles, bien es cierto que, en estos supuestos, el municipio deberá crear un depósito específico que se destinará exclusivamente, y en un plazo máximo de tres años, a obtener suelo de mayor entidad para dotaciones compensatorias de calidad; una mayor clarificación del papel de cada uno de los agentes que intervienen en la actividad urbanística (propietarios, agentes urbanizadores y empresas constructoras y urbanizadoras); permitir que en las actuaciones urbanísticas destinadas a aumentar el aprovechamiento de suelo o la edificabilidad en espacios ya construidos disminuyan las cesiones obligatorias de terrenos desde el 10 por ciento hasta el 5 por ciento del incremento planteado; posibilitar que en los terrenos de uso resi-

dencial, y con el fin de dar respuesta a las necesidades actuales sin alterar el modelo de ciudad, se eleve el número máximo de viviendas permitido en un 20 por ciento respecto a la normativa ahora vigente; se mantiene la obligación de realizar una reserva del 30 por ciento de suelo residencial para VPO en cada planeamiento urbano, sin embargo, se vincula estas reservas a los planes municipales y autonómicos de vivienda y suelo, ajustándolas por tanto a la demanda previsible en cada municipio, etc. son, entre otras, algunas de las modificaciones que se anuncian.

La cuestión a resolver, sin embargo, es otra: ¿son suficientes estos cambios?. Para los autores de este exhaustivo y clarificador libro algo más es exigible. En palabras de los mismos, la situación actual del urbanismo en Andalucía, en general, y de la gestión urbanística, en particular, exige la redefinición de muchos de sus instrumentos con el fin de alcanzar mínimos cánones de eficiencia en el desarrollo de las previsiones de un planeamiento en muchas ocasiones aprobado en un escenario político y económico bien distinto del momento en el que será ejecutado. De ahí que esos instrumentos legales puestos a disposición de los agentes, públicos y privados, hayan de acoplarse a las nuevas exigencias.

De esta forma, el libro que presentamos analiza, desde la singularidad de cada sistema de actuación y de otras formas de gestión, a los límites legales y jurisprudenciales de los convenios urbanísticos de gestión, la funcionalidad de los patrimonios de suelo, la valoración del suelo y su, en ocasiones, complicado ensamblaje en el confuso acople de la legislación andaluza con la estatal, la universalización del proyecto de reparcelación como teatro de toda operación de equidistribución en cualquiera de los sistemas, la aparición del agente urbanizador como alternativa al propietario en el papel protagonista de la gestión urbanística en Andalucía, la dinamización de la gestión a través de las juntas de compensación, el singular protagonismo de las reservas de suelo para actuación públicas con la discutida utilización de la potestad expropiatoria como fórmula no siempre admitida de abaratamiento del suelo, el reflejo registral de las operaciones de equidistribución y, entre otras numerosas cuestiones, las novedades más significativas en el ámbito de la fiscalidad urbanística.

En cualquier caso, cabe significar que el estudio realizado, y a pesar de su marcado carácter técnico y explicativo de la gestión urbanística en Andalucía que lo hacen idóneo y muy recomendable para quien quiera conocer con la necesaria profundidad este complejo sector (no en vano incorpora, asimismo, para el profesional del derecho un conjunto de útiles formularios), refleja con acierto en la mayoría de las ocasiones, dado el conocimiento exhaustivo de los autores en la materia, opiniones y valoraciones de sumo interés sobre el alcan-

ce de la regulación efectuada, sus carencias y las posibilidades que a una eventual reforma de esta normativa, me temo que no totalmente aprovechadas en la reforma que se anuncia y a la que se ha hecho referencia, y su necesaria complitud con un desarrollo reglamentario integral como se propone reiteradamente en el libro, se le abren en el momento presente.

Por tanto, y en resumen, el libro realizado por dos conocidos y reputados en la materia, profesores universitarios de la Universidad de Jaén que han dedicado al urbanismo sus mejores esfuerzos, el Dr. Martín de Valdivia quien coordina el mismo y el Dr. Cuesta, y, como parece lógico dada la especial relación de la materia con otras disciplinas, por un asesor fiscal y un Registrador de la Propiedad, es, sin lugar a dudas, el estudio más acabado y completo que se ha realizado hasta el momento en Andalucía sobre la norma andaluza en esta materia y es, creo justo decirlo, de obligada referencia, no ya sólo para profesionales de la materia en que resulta ser de obligada consulta, sino también para cualquier estudioso del derecho urbanístico en nuestro país.

Javier E. Quesada Lumbreras  
Prof. de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada



# BIBLIOGRAFÍA



## Bibliografía sobre Derecho Autonómico enero–abril 2012

- AA.VV.: *Derecho Local de Andalucía. La Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía* (Dir. José Luis Rivero Ysern; Coords. Encarnación Montoya Martín y Severiano Fernández Ramos), Ed. Iustel, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9890-195-5.
- AA.VV.: *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña* (Coords. Joaquín Tornos Mas), Ed. Iustel, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9890-190-0.
- AA.VV.: *Comentarios sobre la legislación local de Andalucía* (Dir. Venancio Gutiérrez Colomina), Ed. Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012. ISBN: 978-84-615-6391-3.
- AA.VV.: *Derechos sociales, políticas públicas y financiación autonómica a raíz de los nuevos Estatutos de Autonomía. Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Andalucía* (Dir. Antonio José Sánchez Pino; Coord. María Luisa Pérez Guerrero), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN: 978-84-9004-607-4.
- AA.VV.: *Las competencias del Estado español en relación con el proceso autonómico y europeo* (Dir. J. M. Beneyto y R. Ripoll), Ed. Bosch, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9790-942-6.
- AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Régimen Local de la Comunitat Valenciana. Ley 8/2010 de la Generalitat* (Coords. Juan José Díez Sánchez y José Antonio Ivars Bañuls), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN: 978-84-9004-605-0.
- AA.VV.: *Autonomías y Unidad del Ordenamiento Jurídico. La Cuadratura del Círculo* (Dir. E. González Hernández; Coords. María del Carmen Rodríguez Rubio y Julia Roperó Carrasco), Ed. Dykinson, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-1545-541-7.
- AA.VV.: *La inmigración en Andalucía. Instituciones, aspectos jurídicos-sociales y culturales* (Dir. José Luis Monereo Pérez, Francisco Javier García Castaño y José Antonio Fernández Avilés; Coord. Luis Ángel Triguero Martínez), Ed. Comares, Granada, 2012. ISBN: 978-84-9836-941-0.

- ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *Cinco Estudios sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura*, Ed. Iustel, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9890-194-8.
- AURA Y LARIOS DE MEDRANO, A. M.: *La política comunitaria de aguas. Marco de acción estatal y autonómica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-15455-49-3.
- CANO MURCIA, A.: *Manual de licencias de ocupación y primera utilización. Comentarios, legislación, jurisprudencia y formularios*, Ed. La Ley – El Consultor, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-7052-623-7.
- DE LA VARGA PASTOR, A.: *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados. Adaptado a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados*, Ed. La Ley – El Consultor, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-8126-913-0.
- EGUINO DE SAN ROMÁN, R.: *La gestión de los puertos de interés general*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012. ISBN: 978-84-9278-874-3.
- FERNÁNDEZ LUQUE, J.M.: *La Administración Instrumental. El Objeto Social en las Sociedades Mercantiles Públicas de la Junta de Andalucía*, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2ª edición, Sevilla, 2012. ISBN: 978-84-8333-574-1.
- OLMEDA, J.; PARRADO, S.; COLINO, C.: *Las Administraciones Públicas en España*, Ed. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN: 978-84-9004-650-0.
- PÉREZ-DÍAZ, V.; MEZO, J.; RODRÍGUEZ, J.C.: *La crisis y las autonomías. La sociedad española ante la crisis económica y el sistema de las autonomías*, Ed. Fundación de Las Cajas de Ahorros (FUNCAS), Madrid, 2012. ISBN: 978-84-8911-682-5.
- RAMOS MEDRANO, J.A.; DÍEZ RAMOS, F.J.: *Urbanismo, obra pública y medio ambiente: 100 resoluciones judiciales contra la administración pública*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-15455-53-0.
- TRAYTER, J.M.: *Derecho Urbanístico de Cataluña* (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Ed. Atelier, 3ª edición, Barcelona, 2012. ISBN: 978-84-9278-882-8.

Javier E. Quesada Lumberas  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada

# Sumario

---

I. ESTUDIOS	La autonomía local en Alemania a los dos siglos de su nacimiento Local self-government in Germany two centuries after its birth: legal and institutional position <i>Ricard Gracia Retortillo</i>	9
	Descentralización, autonomía y entidades de ámbito territorial inferior al municipal Decentralization, autonomy and smaller local government entities <i>José Luis Blasco Díaz</i>	47
	Evolución del sistema institucional como parámetro de autogobierno. En particular el entramado organizativo de Castilla y León Evolution of the institutional system as a selfgovernment parameter. In particular, the organizational framework in Castilla and Leon <i>Luis Ángel Ballesteros Moffa</i>	81
	La articulación jurídica del fenómeno metropolitano en Andalucía The legal status of the metropolitan areas in Andalusia <i>Francisco Toscano Gil</i>	103
	La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura Power-sharing between the State and Spanish autonomous regions on the subject of Agriculture <i>Manuel Rodríguez Portugués</i>	127
II. CASOS Y DOCUMENTOS	La participación ciudadana en el ámbito local: experiencias The civil participation in the local area: experiences <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. (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. (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. (Recensión: Carmen Pineda Nebot)	217
	<i>Pedro Asensio Romero</i> Marketing municipal. Editorial Díaz de Santos, 2008, 200 págs. (Recensión: Ignacio Martín Granados)	221
	<i>A. Embid Irujo</i> La potestad reglamentaria de las Entidades Locales, Iustel, Madrid, 2010, 199 págs. (Recensión: Patricia Vacárcel Fernández)	225

---

IV. AUTORES	231
-------------	-----

---

V. SUMARIOS DE OTRAS REVISTAS	235
-------------------------------	-----

---

I A A P