

# Administración de Andalucía

## Revista Andaluza de Administración Pública

■ 84/2012

Septiembre-Diciembre

### ESTUDIOS

*José Luis Meilán Gil*

Sobre la revisión del carácter instrumental del acto administrativo

*Juan Francisco Pérez Gálvez*

Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios

*Emilio Guichot*

El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas

*Pilar Navarro Rodríguez*

*Francisco Montes Worboys*

Protección del litoral y lucha contra el cambio climático en Andalucía a la luz del Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Costas. Necesidad o conveniencia de articular mecanismos de colaboración realmente eficaces contra los efectos del cambio climático"

### JURISPRUDENCIA

#### Comentarios de Jurisprudencia

La Sentencia de 17.12.2012 del TSJA recaída en el recurso directo contra el Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, que regula los Comités de Ética Asistencial y de Investigación biomédica en Andalucía

*Antonio A. García García*

#### Notas de Jurisprudencia

#### CRÓNICA PARLAMENTARIA

Presupuestar en tiempos de ajuste fiscal

*Manuel Medina Guerrero*

#### DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

De potestades, funcionarios y labores portuarias

*(José Ortiz Mallol)*

La participación directa de los promotores de las Iniciativas Legislativas Populares en su tramitación en las Comunidades Autónomas: El caso particular de la Comunidad Autónoma de Andalucía

*(Rafael Cano Silva)*

La adecuación de la legislación de las Administraciones Públicas andaluzas al marco jurídico de la cooperación transfronteriza

*(Francisco Toscano Gil)*

#### RESEÑA LEGISLATIVA

#### NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: Una nueva figura en la planificación territorial de Andalucía:

el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía

#### 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 84**

**Septiembre-Diciembre 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.*  
Viboras Jiménez, José Antonio. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*

### Director:

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

### Secretaría:

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

### Consejo de Redacción:

Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla (excedente). Catedrático de la Universidad Loyola Andalucía.*  
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>José Luis Meilán Gil</i>	
Sobre la revisión del carácter instrumental del acto administrativo.		13
	<i>Juan Francisco Pérez Gálvez</i>	
Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.		41
	<i>Emilio Guichot</i>	
El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas.		89
	<i>Pilar Navarro Rodríguez</i> <i>Francisco Montes Worboys</i>	
Protección del litoral y lucha contra el cambio climático en Andalucía a la luz del Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Costas. Necesidad o conveniencia de articular mecanismos de colaboración realmente eficaces contra los efectos del cambio climático”.		135

---

## JURISPRUDENCIA

### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

La Sentencia de 17.12.2012 del TSJA recaída en el recurso directo contra el Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, que regula los Comités de Ética Asistencial y de Investigación biomédica en Andalucía. <i>(Antonio A. García García)</i>	177
---	-----

### 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>	193
---	-----

#### TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

I. Acto Administrativo.- II. Administración Local.- III. Administración Pública.- IV. Bienes Públicos.- V. Comunidades Autónomas.- VI. Contratos.- VII. Corporaciones de Derecho Público.- VIII. Cultura, Educación, Patrimonio Histórico.- IX. Derecho Administrativo Económico.- X. Derecho Administrativo Sancionador.- XI. Derechos Fundamentales y Libertades.- XII. Expropiación Forzosa.- XIII. Fuentes.- XIV. Hacienda Pública.- XV. Jurisdicción Contencioso- Administrativa.- XVI. Medio Ambiente.- XVII. Organización.- XVIII. Personal.- XIX. Procedimiento Administrativo.- XX. Responsabilidad.- XXI. Salud y Servicios Sociales.- XXII. Urbanismo y Vivienda.-	
Tribunal Supremo ( <i>José I. López González</i> )	215
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ( <i>José L. Rivero Ysem</i> )	253

---

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

Presupuestar en tiempos de ajuste fiscal ( <i>Manuel Medina Guerrero</i> )	297
---	-----

---

## DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

De potestades, funcionarios y labores portuarias. ( <i>José Ortiz Mallol</i> )	311
La participación directa de los promotores de las Iniciativas Legislativas Populares en su tramitación en las Comunidades Autónomas: El caso particular de la Comunidad Autónoma de Andalucía. ( <i>Rafael Cano Silva</i> )	347

La adecuación de la legislación de las Administraciones Públicas andaluzas al marco jurídico de la cooperación transfronteriza.  
(*Francisco Toscano Gil*)

391

---

## RESEÑA LEGISLATIVA

- Reseña de disposiciones de las Unión Europea.  
(*Lucía Millán Moro*) 415
- Crónica normativa de la Junta de Andalucía.  
(*Juan Antonio Carrillo Donaire*) 461
- Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica.  
(*José I. Morillo-Velarde Pérez*) 473
- 

## NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

### INFORME:

- Una nueva figura en la planificación territorial de Andalucía:  
el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía.  
(*José I. Morillo-Velarde Pérez*) 477
- 

## NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

(*Jesús Jordano Fraga*) 487

# RECENSIONES

- MUÑOZ MACHADO, S., *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo.* Crítica, 2012, Barcelona, 256 págs.  
(José Ignacio Morillo-Velarde Pérez) 499
- GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Edit. Derecho Global, Colección de Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, 2011, 345 págs.  
(Concepción Horgué Baena) 502
- VV.AA. (DEL CASTILLO MORA, D. y SÁNCHEZ CARMONA, M. COORD.), *La Tutela Jurídica de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2011, 263 págs.  
(Jesús Jordano Fraga) 505
- GONZÁLEZ RÍOS, I., (COORD.), *Turismo Sostenible: Especial referencia a Andalucía. Análisis jurídico-multidisciplinar de la sostenibilidad turística: incidencia en la ordenación territorial, urbanística, medioambiental, energética, de telecomunicaciones y financiera*, Dykinson, Madrid, 2011, 260 págs.  
(Natalia García Villena) 509
- 

# BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO**  
(Javier E. Quesada Lumbreras) 515

# 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





# Sobre la revisión del carácter instrumental del acto administrativo

*José Luis Meilán Gil*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de A Coruña  
Ex Consejero electivo de Estado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. SILENCIO NEGATIVO: NATURALEZA Y GENERALIDAD. III. SILENCIO POSITIVO: NATURALEZA Y EVOLUCIÓN. IV: UNA CONSTRUCCIÓN PROCESALISTA DEL SILENCION ADMINISTRATIVO. V. LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. VI. ABANDONO DEL ACTO ADMINITRATIVO PREVIO: EL CONTROL *A POSTERIORI*. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## RESUMEN:

El trabajo analiza el silencio administrativo (negativo y positivo), la inactividad material de la Administración y el abandono de la autorización administrativa que se sustituye por declaraciones de los ciudadanos y el control *a posteriori*, de acuerdo con Directiva de servicios de la Unión Europea. La tesis que se defiende pretende superar la visión que tradicionalmente ha acompañado a las explicaciones del silencio administrativo sugiriendo un nuevo planteamiento en el que el acto administrativo pierde protagonismo en favor de una buena administración.

Palabras clave: Acto administrativo. Silencio administrativo. Inactividad. Autorización. Servicios. Buena administración.

## ABSTRACT:

The paper looks at the administrative silence, both negative and positive, the material inactivity of the Public Administration, and the abandonment of an administrative authorization according to a Directive of European Union to improve services in the market. The author attempts to overcome the traditional view that has accompanied the explanations on the administrative silence under the administrative act preeminence suggesting a new approach

in which the administrative act loses leading role and good Governance gains prominence.

Key words: Administrative Law. Administrative Silence. Inaction. Authorization. Market. Good Governance.

## I. PLANTEAMIENTO

El acto administrativo ocupa un lugar central en la formación y desarrollo del Derecho administrativo no anglosajón. Lo corrobora el testimonio de autores tan significativos como Otto Mayer (“El *Rechtsstaat* se perfecciona por el acto administrativo”) y Maurice Hauriou (“El Derecho administrativo francés ha hundido su raíz jurídica en el acto de administración. Todo se ha concentrado en el acto”). Sobre su configuración como categoría jurídica, su origen y entendimiento, tanto en los diferentes ordenamientos jurídicos, como en sede doctrinal me he ocupado en otro lugar al que me remito.<sup>1</sup> Tiene desde su origen, tanto en Francia como en Alemania, un carácter instrumental que permanece en el Derecho administrativo europeo continental y latinoamericano que *a contrario sensu* revela su no explícita aceptación en el *Common law*.

Como sucede con otras instituciones de Derecho administrativo la funcionalidad del acto administrativo está condicionada por un contexto histórico, en el que concurren circunstancias políticas e ideológicas, que con el devenir del tiempo se consolidan y pueden no constituir ya, al menos en parte, un referente idóneo. Una reflexión de este tipo es conveniente en un Derecho al que, como vengo sosteniendo y desarrollando desde hace muchos años, le es consustancial “su servidumbre respecto de la oportunidad y su apego a la política”<sup>2</sup>, su naturaleza de Derecho de realización del interés general que justifica la organización de la convivencia.<sup>3</sup>

¿Hasta qué punto han de permanecer postulados nacidos y sostenidos en un contexto histórico diferente al actual? La reflexión, que abarca a las diferentes categorías e instituciones del Derecho administrativo, se circunscribirá en esta ocasión a algunos aspectos de la funcionalidad instrumental del acto administrativo.

<sup>1</sup> Cfr. MEILAN GIL, José Luis, *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Cfr. MEILAN GIL, José Luis, *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, ENAP, Madrid Iustel, 2011, pp.105 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. MEILAN GIL, José Luis, *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, ENAP, Madrid, 1967, y *Administración Pública en perspectiva*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1996, pp. 25 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. MEILAN GIL, José Luis, *Categorías...* pp. 173 y ss.

Una peculiaridad del Derecho administrativo es, precisamente, la existencia de un acto para la aplicación de la norma, trátese de la ley o de un reglamento o disposición general. Entre la norma y el ciudadano se interpone, en muchas ocasiones, la Administración, lo que no sucede en otras partes del ordenamiento jurídico, singularmente en el Derecho privado.<sup>4</sup> Como gráficamente dejó expresado Von Stein, la Administración pública es el “Estado en acción”. En una materia tan amplia y, a menudo tan variable como es el ámbito en que opera, que resiste a la codificación, lógica y natural en otras partes del ordenamiento jurídico, el acto es un instrumento idóneo para la realización del Derecho.

Sucede en todos los sistemas jurídicos, con independencia del nombre que se le dé. En realidad, el acto administrativo es una generalización de actos de la misma naturaleza. Tiene su razón de ser en el origen histórico de la categoría al formularse la separación de Poderes por los revolucionarios franceses con la finalidad política de consolidar la revolución<sup>5</sup>. Sirve como referencia unitaria en leyes generales de procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin acudir a esa generalización, existen en el Derecho norteamericano, como pone de manifiesto la *Administrative Procedure Act*<sup>6</sup>.

Se considere el acto administrativo, en sentido estricto o simplemente como tal, puede admitirse sin mayor discusión que se trata de un acto unilateral de quien tiene una potestad o poder reconocido por el ordenamiento jurídico. Para decirlo con la expresiva formulación francesa se trata de una *décision exécutoire* que, de una u otra manera, se recoge en ordenamientos continentales europeos y latinoamericanos, con sus notas de ejecutividad, presunción de validez o ejecución forzosa. Sin entrar en discusiones doctrinales acerca de ellas, el acto administrativo es un instrumento jurídico de intervención de la Administración en el ámbito que corresponde a los ciudadanos. Dado que la Administración, para servir a los intereses generales debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, según la feliz expresión del artículo 103,1 de la CE española, el acto administrativo debe estar sujeto al control judicial.

---

<sup>4</sup> Cfr. MEILAN GIL, José Luis, *La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAP, Madrid, 1967

<sup>5</sup> Cfr. MEILÁN GIL, José Luis, *Categorías...* pp. 109 y ss. El reconocimiento de que se trataba de razones políticas y no teórico-dogmáticas se encuentra también en LAFERRIÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1933, p. 602.

<sup>6</sup> Definiciones de *order, licence, adjudication*.

La relación del acto administrativo con la revisión judicial está en el origen mismo del acto administrativo y del contencioso-administrativo en Francia<sup>7</sup> y se consolidará con la exigencia del acto *préalable* para acceder a aquel<sup>8</sup>, que explica el término recurso para la acción del particular y que se ha mantenido en el Derecho español.

Significativa es esa relación en el Tratado de la Unión Europea, habida cuenta de que el Derecho comunitario ha venido a ser un *meeting point* de tradiciones jurídicas diferentes.<sup>9</sup> El artículo 230 se refiere a que “el Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos -entre otros- del Consejo y de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes” y “a tal fin será competente para pronunciarse sobre los recursos”, por los motivos allí enunciados que los vician. En su párrafo cuarto, en concreto, señala que “toda persona física o jurídica podrá interponer... recurso contra las decisiones de las que sea destinataria”. Se trata de un recurso de anulación del acto o decisión (artículo 231). Aunque ese recurso sea el más usado, no siempre es necesaria la existencia de un acto previo, ya que está previsto un recurso de omisión con base en los artículos 232 y 233.

Si bien ya la ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, de naturaleza claramente judicial, no admitió las dos clases de recurso de anulación y de plena jurisdicción del Derecho francés, siguió considerándose aquella, como revisora del acto. La evolución respecto del entendimiento del contencioso-administrativo podría sintetizarse en los siguientes pasos: se abandona el acto administrativo como objeto del recurso o proceso al acto; el acento se pone sobre la pretensión, que no era solo de nulidad, primero con ocasión de un acto; después de la Constitución de 1978 (artículo 106) “en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho administrativo” (artículo 1 de la LJCA) en la que cabe la no actuación debida.

Ese “comportamiento” positivo o negativo reconduce, en términos estrictamente jurídicos, al ejercicio de la potestad. Desde esta perspectiva se produce

---

<sup>7</sup> Cfr. MEILÁN GIL, José Luis, *Categorías...* pp. 113-116. Hauriou dirá enfáticamente refiriéndose al Derecho administrativo “lo que en él hay de irreductible es el proceso al acto y la competencia administrativa”. Cfr. *Obra escogida*, IEA, Madrid, 1976, p. 64.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 128-129 y referencia a G. VEDEL y P. DEVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, París, 1990, pp. 240-242.

<sup>9</sup> Cfr. MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 93 y ss.

un encuentro con el *common law*. En éste, tanto en el Reino Unido como en los EEUU, lo fundamental es que el *power* se ejercite dentro de los límites establecidos legalmente, de otro modo se actuaría *ultra vires*, sin entrar ahora en el alcance del principio y su relación con el de *reasonableness*<sup>10</sup>

Poner el acento en la potestad permite explicar con naturalidad el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa de actos que proceden de entes que no forman parte de la Administración pública como organización -trátese de parlamentos o tribunales u otros entes- y que no corresponden a la actividad definidora de su función. Son actos administrativos, aunque no sean actos de la Administración.<sup>11</sup>

La funcionalidad del acto administrativo, obviamente, no se limita a ser instrumento que hace posible el control judicial de la Administración. Como se apuntó anteriormente lo es de intervención, caso típico de licencias y autorizaciones varias que han sido manifestación de un amplio poder de policía que no es del caso desarrollar<sup>12</sup>, y que es igualmente perceptible en el *common law* americano de la regulación, en el que las Agencias tienen *power over business practices*<sup>13</sup>

Para verificar la revisión posible del carácter instrumental del acto que se desprende de lo expuesto se elegirán como temas testigos entre otros posibles<sup>14</sup> la ficción del acto en el silencio administrativo<sup>15</sup>, el acceso al contencioso sin

---

<sup>10</sup> Cfr. W. WADE, *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, Es el *primary purpose of administrative law* (p.5), *the central principle of administrative law* (p. 39).

B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1984: *the basic doctrine of administrative law, as of corporation law, is the doctrine of ultra vires*" (p. 153).

<sup>11</sup> Cfr. Artículo 1, 3 IJCA; artículo 230 del tratado de la UE. Desde otro punto de vista, la composición y funciones de un ente permite considerarlo "poder adjudicador" a los efectos de contratos públicos "aunque no esté formalmente integrado en la Administración del Estado" STJCE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Gebroeders Beentjes BV / Estado de los Países Bajos.

<sup>12</sup> Cfr. MEILÁN GIL, José Luis "Sobre la determinación de la autorización y concesión" *RAP*, 71, 1973, pp. 80 y ss. con revisión de la doctrina tradicional entonces vigente. *Prólogo a AMOEDO SOUTO*, C. A. *Poder policial y Derecho administrativo*, Universidade da Coruña, 2000. LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006

<sup>13</sup> Cfr. B. SCHWARTZ, *op. cit.* pp. 15 y ss.

<sup>14</sup> En ocasiones se ha instrumentalizado el acto procesalmente para impedir el acceso a la jurisdicción al considerarlo una norma o para negar su consideración como norma con esa misma finalidad en distintos momentos de la configuración del Estado. Cfr MEILÁN GIL, J.L., *La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAP, Madrid, 1967.

<sup>15</sup> La ley de 17 de julio de 1.900 introduce en Francia el silencio administrativo, que como reconoce Hauriou "asimila a una decisión denegatoria y, por tanto, a un acto", con lo que "el proceso al acto se ha hecho poco menos que perfecto". Cfr. *Obra escogida...* pp. 55 y 64.

necesidad de acto administrativo previo, el debilitamiento de la autorización administrativa y la sustitución del carácter imperativo del acto administrativo por otras soluciones de *soft law*.

## II. SILENCIO NEGATIVO: NATURALEZA Y GENERALIDAD

No es preciso desarrollar ahora por extenso el régimen jurídico del silencio administrativo y su construcción doctrinal con numerosa bibliografía<sup>16</sup> producida en diferentes etapas de la orientación ideológica del Estado<sup>17</sup> (Su evolución legislativa y el reflejo doctrinal se contienen en STS de 6 de octubre de 2003 y STS de 17 de noviembre de 2011). Bastará con subrayar algunas notas.

Ante todo conviene recordar que el silencio administrativo es reconducible a lo que con mayor propiedad se reconoce como inactividad formal: “la pasividad de la Administración, dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares” que se distinguiría de la inactividad material, “una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias”,<sup>18</sup> dualidad que me parece más certera que la apelación a la metáfora del silencio.

Los efectos desestimatorios del silencio negativo se justifican como decía la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) de 1956 “como garantía para los administrados frente a las demoras de la Administración”. Se trataba de facilitar el acceso a la jurisdicción sin esperar a que la Administración dictase un acto expreso. En el mismo sentido se manifestaba la Ley de Procedimiento administrativo (LPA) de 1958 (art. 94): petición, no notificación de la decisión en el plazo de tres meses y, denunciada la mora, podía considerarse desestimada la petición al efecto de deducir frente a esa denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional o esperar la resolución expresa. Esa tesis es asumida por una jurisprudencia consolidada. El silencio negativo es “una mera ficción legal”.

---

<sup>16</sup> Además de obras generales cfr. GARCÍA-REVIJANO GARNICA, E. *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990. Aunque pueden citarse otros precedentes posibles, la influencia francesa ha sido incuestionada.

<sup>17</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, M. “El tiempo y el Derecho administrativo. De la ley de procedimiento a la Directiva de Servicios” en *La Administración Pública entre dos siglos*, INAP, Madrid, 2010.

<sup>18</sup> Cfr. NIETO A, “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo”, *RAP*, 37, 1962.

Lo fundamental es proporcionar una facultad de reacción del particular. La concepción del contencioso administrativo llevó a considerar la ficción de un acto y a que se llegase en algún momento a hablar de acto tácito frente al auténtico acto que es el expreso. Daba pie para esa consideración el lugar que el silencio ocupaba en la ley no procesal: el modo de terminar un procedimiento administrativo.

La referencia al acto se manifestó en alambicadas construcciones para determinar el *dies a quo* a partir del cual pueden interponerse los recursos, llegando a utilizar para ello lo dispuesto para notificaciones defectuosas o incompletas de los actos expresos. Así lo corroboró el Tribunal Constitucional, para que la Administración, por su inactividad, no se colocase en “mejor situación que si hubiera efectuado la notificación con todos los requisitos legales”. (*Ad exemplum*, STC 149/2009, ente otras). La ficción es indudable. Se utiliza la notificación de un acto expreso para un acto que no se ha dictado, cuyo contenido esencial se da por supuesto. Para conseguir el objetivo que persigue no es necesaria la ficción de un acto o, si se prefiere subrayar más la contradicción, de un acto ficticio, como se razonará posteriormente.

La insatisfacción de esa tesis, llevada hasta sus extremos, se manifiesta en la jurisprudencia según la cual, aun reconociendo que “en los supuestos de silencio administrativo, el denominado acto presunto no es sino una ficción porque realmente no existe tal acto administrativo,... la denuncia de la mora... no es sino un trámite para que quede libre la vía del recurso administrativo o judicial, cuyo incumplimiento es subsanable... y por consiguiente su falta no justificaría la inadmisión de la acción ejercitada” (STS de 20 de abril de 1996, con cita de otras).

La cuestión se relaciona con el plazo para interponer el recurso a partir del *dies a quo*. Ha dado lugar a una jurisprudencia contradictoria y al debate doctrinal<sup>19</sup>, alimentado por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE). Desde este derecho fundamental, por qué el particular no habría de poder esperar a que la Administración dictase el acto expreso para interponer el recurso contencioso. Desde la interpretación literal del artículo 46,1 de la LJCA que fija en seis meses el plazo con referencia al día siguiente en que “se produzca el acto presunto”, superado el plazo el recurso no sería admisible por en-

---

<sup>19</sup> Cfr. ESCUIN PALOP, V. y BELANDO GARIN, B., *Los recursos administrativos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

tender que se había consentido, ya que la inadmisión del recurso opera en relación con actos “confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma” (art. 28 de la LJCA).

El Tribunal Constitucional, de cuya doctrina se hace un amplio resumen en STS de 17 de noviembre de 2011, con razón ha declarado que “deducir de ese comportamiento pasivo el referido consentimiento con el contenido de un acto administrativo en realidad no producido... supone una interpretación irrazonable que choca frontalmente con el derecho a la tutela judicial” (STC 39/2006). No se confirma lo que no existe, aunque se hable de “desestimación presunta”, si bien el razonamiento no acaba de liberarse de la inercia del acto. La ficción, en que se funda el silencio administrativo negativo, se convierte en un acto, una incongruencia.

### III. SILENCIO POSITIVO: NATURALEZA Y EVOLUCIÓN

El silencio negativo era la regla general. Sólo en algunos casos limitados se admitía el silencio administrativo positivo. Existía práctico consenso doctrinal en que en este último caso el silencio implicaba un auténtico acto, que se denominó presunto, con diferencias de régimen jurídico.

La orientación legislativa cambió en una muy discutida ley de 1992 (30/1992 de 26 de diciembre) con el gobierno socialista en el poder. Se puso el acento en la obligación de la Administración de resolver expresamente las peticiones de los particulares. Su exposición de motivos habla de superar la doctrina del llamado silencio administrativo. Según sus propias palabras “el carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley: que todos los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido”.

La orientación de la ley tenía un plausible objetivo moralizador de la Administración, que debe actuar dando la debida respuesta explícita a las peticiones de los particulares. Y así se ha reconocido en algunas sentencias del Tribunal supremo que reproducen frases de la exposición de motivos de la ley, que invoca la primacía de la eficacia sobre el formalismo. “El silencio, positivo o negativo- se dirá- no es sino el remedio contra el fracaso del cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver” (STS de 28 de enero de 2009 recurso en interés de la ley).

La articulación legal de ese propósito no fue satisfactoria, entre otras razones por la pretendida previsión, aunque negada en la realidad, de erigir el silencio administrativo en regla general. “Una trampa gigantesca” se llegó a decir en la doctrina científica que mayoritariamente vapuleó la reforma. Esa aparente pretensión quedaba, por ejemplo, devaluada al afirmar que existía silencio positivo “en todos los casos, en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa (art. 43,2). Así se hizo en numerosas ocasiones por vía reglamentaria, aprovechando la adecuación de los procedimientos imperada por una disposición adicional de la referida Ley.

De otra parte, no quedaba ya duda alguna de que para el legislador el silencio generaba un acto administrativo, que se denominó presunto, equiparable al acto expreso con los efectos correspondientes. A ello contribuía la exigencia de la “certificación expedida por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento” (art. 44.2), bastando la exhibición de haberla pedido si la Administración no la expediese. La vinculación del silencio al acto quedaba reforzada.

El negativo recibimiento de la ley por la doctrina científica y las dificultades prácticas que generaba motivaron su reforma, coincidiendo con un cambio de gobierno, en esta ocasión del Partido Popular, en 1999. Así se reconoce en la exposición de motivos de la ley. Se trataba de modificar los aspectos más problemáticos “fundamentalmente, la regulación del silencio administrativo”. Se acepta lo que era opinión mayoritaria: “La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso administrativo correspondiente” La estimación, en cambio tiene “a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento” (art. 43,3) Así se reconoce como doctrina unánime en la jurisprudencia: “.surge el silencio con las características y efectos de un auténtico acto administrativo” (STS de 27 de abril de 2009).

Permanece la vinculación del silencio al acto, aunque se haya flexibilizado la acreditación del acto presunto que puede realizarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Esa vinculación se reafirma al determinar que el acto expreso que hay obligación de dictar solo puede ser confirmatorio del acto presunto. En el caso del silencio negativo, la obligada resolución puede ser distinta a lo por él significado. Se trataría de una anómala revocación *in melius*, de un acto ficticio.

Se mantiene la impresión de generalidad del silencio administrativo positivo, así reconocida por la jurisprudencia (*ad exemplum*, STS de 30 de septiembre de 2009), que la realidad desmiente, al decir que los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes “en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”, además del ejercicio del derecho de petición y los procedimientos en los que la estimación implicase transferencias de facultades relativas al dominio público o al servicio público, o de impugnación de actos y disposiciones.

Por tanto, una ley estatal o autonómica, de acuerdo con la distribución de competencias del Estado compuesto, puede impedir el juego del silencio positivo. Se zanja así la problemática surgida en torno a los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico en materia urbanística donde el texto refundido de la ley de suelo de 2008, como su precedente ley de 1992, dice que “en ningún caso podrán adquirirse por silencio facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística” (Cfr. STS de 28 de enero de 2009 dictada en interés de la ley). Se pone en cuestión no solo la virtualidad del llamado silencio administrativo positivo, sino incluso su real existencia, sobre lo que se razonará más adelante.

El desiderátum de considerar el silencio positivo como regla general debería conducir a una interpretación en favor del mismo. Por eso era lógico que no pudiese “ser objeto de interpretación extensiva ni analógica” (STS de 22 de septiembre de 1994) el silencio negativo, considerado como la excepción. En ese caso la interpretación debería ser restrictiva. Esa interpretación no sería aplicable al silencio positivo considerado como regla general. En esa línea se ha llegado a sostener en la jurisprudencia que “al no encontrarse recogido el supuesto” en la norma que recoge aquellos en los que se establece el silencio negativo, no puede negarse la existencia del silencio positivo, recayendo en la Administración la carga de desvirtuarla (STS de 9 de diciembre de 2010, RJ/2010/8912).

En favor de esa tesis se ha manifestado la jurisprudencia en relación con el silencio de la Administración en cuanto a la petición de tasación del bien por el titular expropiado, al analizar el artículo 74 del Reglamento de expropiación forzosa y artículos correspondientes de la ley. La falta de respuesta constituye un supuesto de silencio positivo al no aparecer entre los exceptuados en el artículo 43 de la ley 30/1992, y no de silencio negativo entendiéndose con él la desestimación de la hoja de aprecio de retasación, contra la cual sostenía la Administración que obligaba a interponer recurso contencioso-administrativo. El tribunal

razona “si el silencio es positivo y en su virtud procede la retasación interesada, ningún sentido tiene la interposición de un recurso contencioso-administrativo como necesario para hacer efectivo aquello que ya otorga sin necesidad de pronunciamiento judicial, que es la posibilidad de acudir directamente al Jurado ante la inactividad de la Administración en la fijación de un nuevo justiprecio por retasación, pues el instituto del silencio administrativo es una ficción legal establecida siempre en beneficio del particular frente a una Administración que utiliza el privilegio del acto previo para impedirle el ejercicio de un derecho o para cerrarle el paso a la vía revisora”. En ese caso supone la estimación de la retasación propuesta. (STS de 21 de diciembre de 2011 (rec, 4943/2008).

No siempre los tribunales se orientan en esa dirección. Un caso concreto ilustrará la contradicción.

El artículo 8,3 del Decreto 302/2001 de la Xunta de Galicia, que recoge los distintos efectos del silencio, reconoce el carácter negativo del silencio en el caso de solicitudes no contestadas sobre aprobación de planes eólicos empresariales. No se dice nada respecto de solicitudes de ampliación o prórroga del plazo de los ya aprobados, que era el objeto litigioso.

La Administración autonómica sostuvo que no es de aplicación el silencio positivo porque no cabe cuando la estimación supondría “transferir facultades relativas al dominio público o al servicio público”. Tal invocación al dominio público es improcedente porque no existe esa transferencia, como se deduce de la STS de 30 de enero de 2007 (rec. 3370/2004): “los vientos... entran dentro de la categoría de las *res communis omnium*, las cosas que son comunes a todos los hombres e inapropiables por naturaleza”, tesis recogida en la STSJ de Galicia de 22-10-2008 (rec. 7092/2008). La improcedencia de la invocación del servicio público queda de manifiesto en la inequívoca exposición de motivos de la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del sector eléctrico: “se abandona la noción de servicio público”. Por una y otra razón los parques eólicos están sometidos a autorización y no a concesión.

La Administración autonómica mantuvo también que la Ley de Galicia 6/2001 de 29 de junio de adecuación a la Ley 4/1999 de 13 de enero al reconocer como negativo el silencio en los procedimientos de aprobación de planes eólicos y de autorización de instalaciones de un parque, ese efecto se aplica también a “la ampliación del plazo de ejecución”. Esa interpretación va en contra del pretendido carácter general del silencio administrativo. De una parte, la ampliación solicitada se refiere a un plan ya aprobado, que no se identifica con la aprobación *ex novo* de otro y, además, un plan no es un parque. El

parque es una instalación, un establecimiento industrial de producción de energía eléctrica, como corrobora la Ley 54/1997 del sector eléctrico. El plan, en cambio, es un proyecto de investigación.

El proclamado carácter general del silencio administrativo no debiera amparar estas interpretaciones restrictivas. En caso de duda debería estarse a favor del silencio administrativo positivo, si hemos de creer al legislador. El silencio administrativo es un instrumento procesal creado en beneficio del interesado y como tal no puede beneficiar a la Administración que lo provoca. Dicho con expresivas palabras de una STS de 17 de abril de 1990, ponente el profesor González Navarro, el silencio “no supone una autorización para no resolver cuando le venga en gana”.

La no inclusión por una Administración de los procedimientos en los que el silencio tiene carácter negativo, desestimatorio, es suficiente para reconocer la regla general del silencio administrativo. En ese sentido tiene lógica, por ejemplo, que se prevea expresamente el silencio negativo para el otorgamiento de concesiones mineras y que al no figurar entre los supuestos en que se produce ese silencio la prórroga de ellas (anexo II de la ley 6/2001 de 29 de junio de Galicia) se entienda obtenida por silencio administrativo positivo. La prórroga no es una nueva concesión y la ponderación de intereses, por ejemplo por razones medioambientales, no tiene que volver a realizarse. La evaluación ya había sido realizada positivamente para el otorgamiento de la concesión.

Con motivo de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2006/7/CE del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre relativa a los servicios en el mercado interior se aprobó la ley 25/2009 de 22 de diciembre conocida como “ley ómnibus” por la repercusión que tuvo en numerosas normas. El objetivo de la Directiva, que como todas las de la UE vincula a los Estados miembros sin prejuzgar el tipo de norma a dictar, es la consecución de un real y efectivo mercado interior, de acuerdo con preceptos y principios del Tratado de la Unión, que implica un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios. En concreto, el artículo 43 del Tratado garantiza la libertad de establecimiento y el 49 la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad.

La citada ley, entre otras disposiciones que contienen y que afectan a la actividad de la Administración, da una nueva redacción al artículo 43 de la ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común 30/1992 de 26 de noviembre cuya reforma anterior fue comentada. El artículo se refiere al silencio administrativo y la nueva redacción

corresponde a la iniciativa de un gobierno socialista, consecuencia de la democrática alternancia en el Poder.

Su primer apartado se refiere expresamente al silencio administrativo positivo: “1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario”.

Este primer apartado del reformado artículo 43 recoge el contenido de los apartados 1 y 2 de la Ley 30/1992 incorporando, por exigencias de la Ley 17/2009, la referencia a las “razones imperiosas de interés general” para determinar los supuestos en los que una norma con rango legal puede establecer silencio negativo. Se introduce, pues, un nuevo elemento que deberá condicionar las excepciones que las leyes pretendan introducir en el silencio positivo. No bastará una norma de rango suficiente —la realidad puso de manifiesto la disposición del legislador a excepcionar el silencio positivo— sino que será necesario, en el futuro, justificar que existe una razón imperiosa de interés general para hacerlo, encajando las excepciones en alguno de los supuestos del extenso concepto que contiene la Directiva.

Esta referencia obligada a las razones imperiosas de interés general queda, sin embargo, en entredicho respecto a las excepciones al silencio positivo existentes antes de la Ley 25/2009 a la vista de la literalidad de la Disposición adicional 4ª de la propia Ley. Bajo el título “Aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas pre existentes”, se señala:

“A los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto”.

En realidad, así entendidas las razones imperiosas de interés general, no se producía innovación ni avance sobre la situación anterior a la transposición de la Directiva. Dicho castizamente, para ese viaje no hacían falta estas alforjas.

No parece que se cumpliera con lo que se dice en el preámbulo de la ley:

“... para alcanzar el objetivo de reformar significativamente el marco regulatorio no basta con el establecimiento de los principios generales que deben regir la regulación actual y futura de las actividades de servicios, sino que es necesario proceder a un ejercicio de evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarlos a los principios que dicha Ley –se refiere a la 17/2009- establece”.

Más que una disposición adicional debería tratarse de una disposición transitoria que podría tener sentido en tanto no se llevase a cabo la citada evaluación. Es lo que sugiere la aprobación posterior de la ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Su artículo 40 tiene como título “ampliación del silencio positivo”, en el que se prevé que en el plazo de tres meses se acordaría un proyecto de ley “de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general”.

El cumplimiento de ese propósito se llevó a cabo por Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de largo enunciado, que tiene que ver con medidas para combatir la crisis económico-financiera. Su artículo 26 se inserta en una sección relativa a la “modificación del sentido del silencio administrativo en determinados procedimientos” y con remisión a un largo anexo dispone que, en los procedimientos en él incluidos, el silencio administrativo tendrá un sentido positivo, estimatorio de la solicitud realizada por el particular. Como especifica el titular del anexo, en los procedimientos relacionados se pasa del silencio negativo al positivo.

La redacción del Decreto-ley produce perplejidad. La enumeración de esos procedimientos estaría introduciendo dudas acerca de la pretendida generalidad del silencio administrativo positivo. El sistema de lista es el adecuado cuando se trata de reflejar lo contrario. Los supuestos incluidos en la lista constituirían la excepción. La confusión acerca de cual es la *mens legislatoris* se aumenta a la vista de la disposición adicional cuarta en la que se recogen tres procedimientos relativos a productos dietéticos, en los cuales el silencio se entiende negativo.

Existe una contradicción metodológica. El silencio positivo si se configura

como la regla general exigiría obviamente enumerar los supuestos en los que el silencio se entienda como negativo. Por el contrario, si éste es la regla general, el positivo debería constar en las correspondientes relaciones. El legislador utiliza los dos criterios. En realidad se encuentra condicionado por su posición previa de política legislativa de otorgar la preferencia al silencio positivo.

Con ocasión de la crisis económica, el criterio de lista para el silencio positivo se ha utilizado en el Real Decreto-ley 4/2012 de 24 de febrero (art. 4) respecto de la no emisión en plazo de la calificación individual solicitada por un contratista de obras, suministro o servicios a un ente local para el reconocimiento de una deuda por este, con el objeto de obtener su pronto pago acogéndose al plan financiero previsto a ese efecto por el Gobierno.

La realidad confirma que no es sostenible el silencio administrativo positivo como regla general. Es una contradicción con la existencia de listas con ese efecto. Los casos tasados de silencio positivo inducen a sostener que los no previstos como tales lo son de silencio negativo. Volveríamos así a la postura inicial, invirtiendo la generalidad del silencio a favor del negativo.<sup>20</sup>

#### IV. UNA CONSTRUCCIÓN PROCESALISTA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

La construcción jurídica del silencio administrativo, sobre todo del negativo o desestimatorio, está condicionada por su referencia al contencioso-administrativo y éste, a su vez, por la del acto administrativo, trátase de su revisión o del enjuiciamiento de una pretensión con ocasión de un acto administrativo. La referencia al acceso al contencioso es esencial, pero no lo es la que concierne a la necesidad de una ficción de acto o, de un modo más expresivo, al contrasentido de un acto ficticio en el caso del silencio negativo o de un acto presunto en el del positivo.

Los efectos de la inactividad formal de la Administración, en que consiste el silencio administrativo, se producen simplemente por la ley. El transcurso del tiempo previsto para que la Administración responda a la petición del particular es un simple requisito procesal para que pueda interponerse el correspon-

---

<sup>20</sup> El anteproyecto de ley de transparencia reconoce el silencio negativo: transcurrido un mes desde la petición sin notificar la resolución expresa se entiende desestimada la petición (artículo 17). Antes de interponer recurso contencioso-administrativo podrá presentarse con carácter potestativo reclamación ante la agencia estatal de transparencia, evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios en el plazo de un mes “desde que se produzcan efectos del silencio administrativo (artículo 21,4).

diente recurso contra la Administración cuando el sentido legal del silencio sea negativo. No existe necesidad alguna de inventarse la ficción de un acto. Se recurre a la inactividad y se solicita, con ocasión de ella, el reconocimiento de lo solicitado.

Ni siquiera, teóricamente, sería necesario que la Administración dictase un acto expreso, aceptando o no la solicitud del particular. En el caso de conformidad con la pretensión del particular la Administración simplemente se allanaría en el proceso dándose éste por terminado. Si fuese disconforme, entendiendo que lo pedido por el particular no debería estimarse, es cierto que se privaría inicialmente de una motivación del acto expreso, pero se subsanaría en el trámite de conclusiones, para cuya formulación el demandante habría ya conocido los motivos expuestos por la Administración en la contestación a la demanda. Bien es verdad que la desigual posición del particular resultaría incrementada con la reforma en 2011 del régimen de la prueba que no solo ha de pedirse en la demanda, sino que en ella han de expresarse los puntos de hecho sobre los que ha de versar y los medios que se propongan (art. 60,1 LJCA).

La obligación de dictar un acto expreso cumple con la finalidad moralizadora o de buena administración, aunque no es el único medio para conseguirla; debería generar responsabilidad<sup>21</sup>. Corresponde al interés del particular esperar o no a que se produzca el acto expreso para interponer el recurso. En todo caso, sea o no obligatoria la producción de un extemporáneo acto expreso, la Administración debería cargar con las costas del proceso cuando la sentencia le fuese adversa o cuando se produzca una satisfacción extraprocésal o un allanamiento.

La ficción del acto ha dado lugar a posiciones diferentes respecto del plazo para recurrir. En contra se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: "el ciudadano no puede estar obligado a recurrir en todo caso so pretexto de convertir su inactividad en el consentimiento de un acto administrativo en realidad no producido" (STC 179/2003 de 2 de octubre). El derecho a la tutela judicial efectiva permite al particular esperar a que se dicte un acto expreso. No existiría plazo para interponer el recurso evitándose así que la Administración se coloque en mejor situación que si hubiese cumplido con todos los requisitos legales (STC 239/2007 de 10 de diciembre).

---

<sup>21</sup> En esa dirección se orienta el Real Decreto-Ley 4/2012 al considerar el silencio positivo allí previsto como falta muy grave del funcionario. En la misma línea, el anteproyecto de ley sobre transparencia considera falta grave el incumplimiento de los plazos.

La cuestión es disputada teniendo en cuenta posibles terceros interesados. Desde una concepción procesalista, resulta innecesaria la referencia a un acto presunto (artículo 46,1 LJCA), en realidad inexistente, para que se produzcan los efectos del silencio administrativo negativo.

Por lo que respecta al silencio administrativo positivo se ha sostenido, con razón, que es una técnica, no solo diferente del acto presunto, sino incompatible con él.<sup>22</sup> Desde esa posición el efecto positivo lo otorga en realidad la ley sectorial correspondiente, ya que solo deberá operar si la petición es conforme con el ordenamiento legal. El acto presunto gozaría de la presunción de legalidad. Por eso el acto expreso, que en todo caso se exige a la Administración, solo puede ser confirmatorio en tanto concordante con el efecto positivo que el ordenamiento jurídico atribuye al silencio con motivo de la solicitud de un particular. Lo que sucede, como la jurisprudencia recaída en materia urbanística revela, por todas la citada STS de 28 de enero de 2009 en interés de la ley, es que el silencio formalmente administrativo se convierte en negativo para sorpresa del ciudadano que solicitó una licencia. La Administración no resuelve en tiempo y la desestima expresamente, entendiendo que la solicitud no es conforme al ordenamiento jurídico.

La situación del particular es doblemente desigual. Tiene que realizar una investigación del ordenamiento jurídico y sufrir las consecuencias económicas de la obra realizada al amparo del acto presunto operado por el silencio positivo. No resulta sorprendente que se postule doctrinalmente que sería mejor que la regla fuese el silencio negativo<sup>23</sup> Las ventajas que en principio ofrece el silencio administrativo positivo quedan mermadas por la inseguridad.

El llamado acto presunto del silencio administrativo positivo carece de virtualidad si ha de subordinarse a su conformidad con el ordenamiento jurídico; no vincularía al exigido acto expreso confirmatorio. Si no se acepta como regla general aquella subordinación nos encontraríamos con posibles actos *contra legem* que la Administración vendría obligada a defender en un posible contencioso.

No hay necesidad de inventarse un acto presunto. Es la inactividad de la Administración la que, por virtud de la ley, permite el reconocimiento de un derecho eventualmente cuestionable en vía jurisdiccional, como sucede en el

---

<sup>22</sup> Cfr. MORILLO-VELARDE, J.I., *Los actos presuntos*. Marcial Pons, Madrid, 1995.

<sup>23</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, M, "El silencio administrativo tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009", *Anuario da Facultade de Dereito*, Universidade da Coruña, 14, 2010.

supuesto de inactividad material de la Administración que se examina a continuación.

El silencio positivo está configurado en favor del particular, que en este caso es el beneficiario. Pero puede que ese otorgamiento, con ocasión del silencio, afecte negativamente a terceros interesados. Aquí sería imprescindible establecer un plazo para que estos puedan recurrir en el contencioso, sin necesidad de referirse a un acto presunto inexistente.

La eficacia del silencio positivo y la eliminación de conflictos provendrán de la simplicidad, claridad y concreción de los supuestos en los que está previsto. Incluso con estas determinaciones, no es la única fórmula admisible, como la Directiva comunitaria de servicios testimonia.

La perspectiva procesal que aquí se adopta sería equivalente a la reacción contra la inactividad material de la Administración en cuanto no presupone un acto contra el que recurrir, pero no en cuanto a generar una pretensión de condenar a dictar un acto<sup>24</sup> En el caso del silencio negativo el interesado tiene otras opciones, sin necesidad de reclamación alguna a la Administración. En el del silencio positivo es suficiente con una reclamación no configurable como recurso administrativo.<sup>25</sup>

## V. LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La inactividad material de la Administración no hace referencia a la falta de respuesta ante una petición que ha iniciado un procedimiento y que la Administración ha de resolver. La inactividad de la Administración viene relacionada con el incumplimiento de algo establecido en la norma, pasividad que perjudica a los particulares. No existe un previo acto administrativo, ni expreso, ni presunto, contra el que recurrir judicialmente. Uno de los esfuerzos realizados, deudores de la superada concepción del contencioso administrativo co-

---

<sup>24</sup> En sentido contrario, AGUADO I CUDOLÀ, V. *Silencio administrativo e inactividad*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

<sup>25</sup> El artículo 232 del Tratado de la UE prevé un recurso por omisión, por abstenerse de pronunciarse, ante el TJCE para el que están legitimados los Estados miembros y las demás instituciones de la Comunidad así como recurso de queja, para lo que están legitimadas las personas físicas o jurídicas, “por no haberle dirigido una de las instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen”. En ambos casos, es necesario haber requerido previamente al Consejo o a la Comisión, por lo que aquí interesa.

mo revisora del acto, consistió en transformar esa inactividad material en inactividad formal a la que responde el tradicional silencio administrativo. Hacía falta un acto administrativo previo y el juez no podía colocarse en la situación de la Administración, a la que no podía dar instrucciones o mandatos.

Con la pretenciosa intención de cerrar “un importante agujero negro de nuestro Estado de Derecho” y de otorgar “un arma efectiva al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas”, la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ( 29/1998 de 13 de julio) creó un recurso contra la inactividad de la Administración, dirigido a obtener una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega la técnica del silencio administrativo.

El artículo 29 de la LJCA, regula la acción de condena de la Administración al cumplimiento de una prestación en favor de quien tiene derecho a ella (artículo 29.1). A tenor del citado artículo el demandante podrá pretender la condena de la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas en una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de acto, contrato o convenio, cuando reclamada la prestación la Administración se haya abstenido de cumplirla en un plazo de tres meses (artículos 29 y 32). Es decir, lo que el ciudadano pretende es que la Administración realice una actividad o dicte un acto que le viene impuesto en virtud de ley, de acto o de contrato.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha puesto el acento en la legitimación (*ad causam*) necesaria para plantear esta acción, exigiendo al demandante que ostente un “derecho subjetivo” definido por una norma que no necesite actos de aplicación o en un acto, contrato o convenio. Lo que no ofrece duda es que para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración. No basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma “correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquél tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general” (STS de 24 de julio de 2000, RJ 2001/289).

En segundo lugar, insiste el Tribunal Supremo en la necesidad de que la prestación exigida en vía jurisdiccional debe ser concreta. Se trata de condenar a la Administración “en los concretos términos en que estén establecidas” sus obligaciones (artículo 32.1). Es decir, los jueces y tribunales no se verán en la tesitura de tener que “sustituir” a la Administración ante su inactividad determinando el cómo, dónde o cuándo del ejercicio de una potestad administrativa, porque los términos de su cumplimiento se desprenden objetivamente de la norma, del acto, del contrato o del convenio.

El único trámite previo que establece la nueva regulación para acceder al contencioso es la “reclamación” realizada al órgano administrativo que permanece inactivo. Dicha reclamación no debe confundirse con una solicitud en sentido formal, es decir, con la forma de iniciación de un procedimiento (artículos 68 y 70 de la Ley 30/1992).

No se trata de forzar el acto administrativo como requisito previo al proceso, sino de dar la oportunidad a la Administración de actuar debidamente a través de una especie de *interpellatio*, que puede servir para que la Administración cumpla y no haya necesidad de llegar al proceso. La propia estructura administrativa y la eficacia de la actividad administrativa requieren esta “llamada de atención” que, en ningún caso, debe volverse contra el ciudadano diligente. Pasados tres meses desde que fuere reclamada la reclamación sin haberse obtenido la prestación, quedará expedita la vía judicial. En definitiva, un requisito procesal en la línea de lo que se ha mantenido para el silencio administrativo<sup>26</sup>.

Lo mismo acontece en el supuesto contemplado en el apartado 2 del citado artículo relativo a la inactividad de la Administración consistente en la no ejecución de sus actos firmes. Los afectados podrán solicitar su ejecución y si ésta no se produce en el plazo de un mes podrán los solicitantes formular recurso contencioso administrativo.

---

<sup>26</sup> En ese sentido el artículo 232 del Tratado de la UE : el recurso ante el TJCE sólo es admisible “si la institución de que se trate hubiere sido requerida previamente para que actúe”.

## VI. ABANDONO DEL ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO: EL CONTROL A *POSTERIORI*

Desde distintas perspectivas se ha subrayado el cambio que se ha operado en la concepción de la Administración pública. Ha pasado de ser una organización fuertemente jerarquizada, instalada en el imperio, la imposición, el privilegio a otra necesitada de la colaboración de los particulares, de la participación de éstos. No son solo razones democráticas, sino también de eficiencia, aunque también un cambio de paradigma ideológico. Para expresarlo de una manera rápida, el que va del dominio de las empresas públicas a las privatizaciones.

El cambio puede referirse, por ejemplo, a la terminación convencional del procedimiento administrativo que hace innecesaria una resolución, a los contratos público-privado pensados fundamentalmente para la construcción de grandes y complejas infraestructuras, o a ese nuevo y actual mundo de la regulación económica. El acto administrativo como *decisión exécutoire*, deja paso en ocasiones a la recomendación<sup>27</sup>, el *soft law*,<sup>28</sup> o a una comprobación *a posteriori* de la actuación de los particulares. La Administración, por decirlo de un modo gráfico, se retranquea. No abre con su actuación el partido, sino que vela por que se cumplan las reglas de juego que corresponden, por ejemplo, al mercado. Esto es lo que persigue la Directiva de la Unión Europea sobre servicios anteriormente citada.

Desde una perspectiva institucional se trata de eliminar las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre los Estados y en definitiva de acuerdo con el artículo 2 del Tratado promover “un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad”.

---

<sup>27</sup> Entre los actos de las instituciones europeas junto a los que pueden ser controlados por el TJCE – las decisiones que se corresponden a la categoría del acto administrativo- se citan las recomendaciones (artículo 230 del Tratado de la UE).

<sup>28</sup> Cfr. Real Decreto-ley 6/2012 de 10 de marzo en el que se incluye como anexo un código de buenas prácticas para la estructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. No es imperativo, pero ha sido aceptado por las entidades financieras, porque lo contrario podría acarrearles un efecto negativo para su imagen en el mercado basado en la competencia, sin descontar la presión social y mediática. Se pretende que sea obligatorio para las entidades intervenidas con capital del FROB.

Según la propia declaración de la Directiva la creación de un mercado competitivo de servicios es esencial para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea. Se propone suprimir las barreras para la circulación transfronteriza de servicios, consistentes en un exceso de trámites administrativos con la consecuente inseguridad jurídica, y en vencer la falta de confianza o la reticencia mutua de los Estados miembros.

La Directiva se presenta como una pieza clave en la política comunitaria de impulso económico y consolidación del mercado interior de acuerdo con la estrategia de Lisboa del año 2000. Se trata, en definitiva “de crear un entorno regulatorio más favorable y transparencia en el desarrollo de las actividades de servicios en el ámbito comunitario”. Transparencia e información que proporcionan a los consumidores más posibilidades de elección y precios más bajos, de acuerdo con la filosofía que preside toda la actuación de la UE, volcada en el mayor protagonismo de la sociedad frente a la intervención del Estado, reducida a lo que sea necesario.

Se trata de que los prestadores de servicios puedan establecerse libremente en cualquier país o prestar un servicio en otro país sin necesidad de establecerse en él, de acuerdo con sus personales preferencias y estrategias.

Los objetivos de la Directiva podrían resumirse en los siguientes: favorecimiento de la libre circulación de servicios, simplificación de procedimientos, mejora de la calidad de los servicios, reforzamiento de los derechos de los destinatarios de servicios y cooperación administrativa y convergencia entre los Estados miembros.

A los efectos de la exposición es suficiente referirse al cambio de orientación en la intervención administrativa que conlleva el uso limitado o abandono de la autorización como acto previo. La regla general es la no utilización del régimen de autorización. La regla excepcionalmente, y por tanto de interpretación restrictiva, por “razones imperiosas de interés general –se repite en numerosas ocasiones- puede dejar de ser cumplida”. La Directiva se encarga de ilustrar qué se entiende por interés general, un concepto jurídico indeterminado que puede convertirse en una válvula de escape del sistema.

Según el considerando 40 de la Directiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de justicia, abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, objetivos de política social, protección de destinatarios, del consumidor, protección del medio ambiente y del

entorno urbano incluida la planificación urbana y rural, seguridad vial, entre otros de una enumeración amplia que hace relativamente flexible la aceptación del principio.

La Directiva fue transpuesta sucesivamente en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre (la ley paraguas) y la de 25/2009 de 22 de diciembre (ley ómnibus). La exposición se ceñirá a ellas en cuanto que han modificado preceptos significativos de la Ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas así como de la Ley 7/1985 de 2 de abril sobre bases de Régimen local. Por decirlo de una manera rápida, se pretende pasar de poner el acento en el acto administrativo previo, el control *a priori*, a situarlo en la declaración del particular con un control *a posteriori*. Se pretende con ello, al menos como principio, cambiar la cultura arraigada en la Administración Pública. Bien es verdad que algunas de las novedades, como postular el mínimo de intervención administrativa pública y su carácter proporcional, lucían en la legislación local de 1955, como ocurre también con otra de las medidas de simplificación administrativa –la ventanilla única– que figuraba con otra expresión en la ley de Procedimiento administrativo de 1958.

En ese sentido se orienta el nuevo artículo 39 bis de la Ley 30/1992 relativo a principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad, citado con anterioridad. Se pretende sustituir la autorización por la declaración responsable y la comunicación previa.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, define en el art. 3.º, lo que se entiende por “declaración responsable”:

*“El documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante su vigencia”.*

Paradójicamente la citada Ley 17/2009, no incluye el concepto de “comunicación previa” en las definiciones contenidas en el art. 3º, aunque la cita permanentemente, siendo este el acto mediante el cual el prestador de servicios comunica a la Administración su intención de iniciar una determinada actividad de prestación de servicios. Esta omisión se ve paliada al introducir su definición en el ordenamiento jurídico estatal el art. 71 bis 2º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción otorgada por la Ley 25/2009, que dispone:

*“A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1”.*

Cabe destacar que esa mayor agilización administrativa y supresión de trámites burocráticos tiene su reflejo jurídico en la circunstancia de que tanto las declaraciones responsables como las comunicaciones previas supondrán, con carácter general, *“el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan las Administraciones Públicas”.*

Esa labor de comprobación *ex post*, que sustituye al tradicional control autorizador *ex ante*, determinará precisamente que la “inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento” que las acompañe o su no presentación, “determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de sus responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar” (art. 71 bis 4º).

En principio, este sistema está pensado a favor del ciudadano, pero puede convertirse en adverso. De un lado, se habla de inexactitud u omisión esencial; quizá la falsedad en algo que no sea esencial resulta difícil. El sistema depende de la eficacia de lo dispuesto en el apartado 5 de ese nuevo artículo 71 bis: que las Administraciones tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se presentarán de forma clara e inequívoca.

La cuestión estriba en comprobar si existe más seguridad jurídica con un acto previo, perfectamente identificado, del que se responsabiliza la Administración o con la situación ahora prevista que está pendiente de una espada de Damocles: la decisión de la Administración como consecuencia de una comprobación posterior.

En el caso de la comunicación previa todo queda al albur de la posterior comprobación que puede llevarse a cabo cuando la actividad se haya iniciado. Por eso, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, se plantean serias dudas acerca de la ventaja de esta fórmula que se presenta como revolucionaria.

Al no existir un acto administrativo previo la resolución de la Administración, consecuencia del control, no puede consistir en una revocación de algo

que no ha otorgado. Es la constatación de que la comunicación previa o la declaración responsable no son conformes a Derecho. Y se declara que no puede continuarse en el ejercicio del derecho a la actividad afectada desde que se tenga constancia de la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial. Más aún, la Administración puede obligar al interesado a restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente.

Demasiadas posibilidades de actuación de la Administración que hace incierta la ventaja para el particular, que debe arrostrar el riesgo, sin perjuicio de que recurra si no está de acuerdo con la resolución de la Administración. La inseguridad aumenta si la Administración Pública no da suficientes garantías de que ateniéndose el particular a los modelos oficiales no existirá una declaración de ilegalidad de la actuación.

El cambio que ha originado la transposición de la Directiva de servicios queda patente en la modificación de la ley reguladora de las bases de Régimen local. Su artículo 84, frente a la disposición anterior de que un medio de intervenir la actividad de los ciudadanos es el sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo, en la nueva redacción añade: “No obstante, cuando se trata del acceso y ejercicio de actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 de 23 de diciembre sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio se estará a lo dispuesto en la misma -es decir- a la comunicación previa o declaración responsable y control posterior”.

De otra parte, un Real Decreto de 23 de diciembre de 2009 dio una nueva redacción al apartado 1 del artículo 22 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales sobre apertura de establecimientos industriales y mercantiles haciendo referencia a los medios de intervención previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

Ha de tenerse en cuenta que el artículo 4º de esta ley reconoce la libertad de establecimiento y su artículo 5º establece con claridad que “en ningún caso el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifiesta, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilita la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad”.

No queda a la elección del particular elegir uno u otro sistema. Es la Administración quién tiene que decidir cuál es el aplicable. La preferencia es cla-

ra y se corrobora al establecerse limitación al régimen de autorizaciones: los requisitos no deben ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, proporcionado a ella, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles (art. 9).

Ni la comunicación, ni la declaración responsable son actos administrativos. Son actos de los particulares. El efecto favorable que se les reconoce dimana directamente de la norma, siendo los actos de los particulares “una carga necesaria para el despliegue de ese efecto”. No existe acto presunto y, en consecuencia carece de toda justificación la obligación de que se dicte un acto administrativo confirmatorio si en el ejercicio de su actividad de control *a posteriori* la Administración constata que el ejercicio de la actividad declarada por el particular, iniciada o no, no es conforme a Derecho.

También es innecesaria la ficción de la desestimación por silencio. La Administración comprueba que las manifestaciones del particular no se corresponden a la veracidad de lo declarado o no están conformes con el ordenamiento jurídico. En definitiva, como se ha dicho con razón, la habilitación al ciudadano interesado “no la genera el eventual silencio de la Administración, sino la concurrencia de la voluntad de la Ley, perfectamente objetivada en esos casos, y la conducta correcta del interesado en cuanto cumplidor de los requisitos exigidos por la norma”<sup>29</sup>.

Por lo que respecta a terceros interesados, que se consideren perjudicados por la actividad amparada por los actos del beneficiario de su comunicación o declaración responsable, no deberían tener impedido el acceso a la jurisdicción contenciosa. Podría utilizarse el procedimiento previsto para los supuestos de inactividad material de la Administración, por el no ejercicio de la actividad de vigilancia que le corresponde legalmente. El tercero interesado habría de requerir a la Administración y ante su silencio o contra el acto expreso de la Administración rechazando la *interpellatio* podría acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. La suspensión cautelar, de un lado, y la condena en costas de otro pueden constituir remedios para actuaciones contrarias a Derecho.

---

<sup>29</sup> Cfr. LÓPEZ MENUDO, F. “La transposición de la directiva de servicios y la modificación de la ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, *Revista española de la función consultiva*, 14, 2010.

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La inactividad de la Administración se manifiesta de varias maneras. Una de ellas es el denominado silencio administrativo, tanto negativo como positivo, una técnica que se encuentra ligada al acto administrativo, a su vez condicionado por el entendimiento ya superado del contencioso administrativo como revisor del acto.

El control judicial se extiende a la *actuación* de la Administración, incluida la no actividad. Dicho con mayor precisión, se refiere al ejercicio o no ejercicio de la *potestad* administrativa por quien la ostente conforme a Derecho, aunque no esté integrado en la Administración.

Los efectos que se pretenden con el silencio administrativo pueden conseguirse sin necesidad de crear ninguna ficción o presunción de actos.

La inexistencia de un acto no impide tampoco que sea recurrida la inactividad material de la Administración. En ambos casos se trata del no ejercicio debido de una potestad.

Lo mismo sucede con el no ejercicio del control *a posteriori*, cuando se ha prescindido del acto de intervención previo por el ordenamiento jurídico.

Los plazos para que el particular pueda recurrir por la inactividad de la Administración ante una solicitud del particular son meros requisitos procesales.

La intención de establecer el silencio administrativo positivo como regla general ha resultado un fracaso. Habría que volver a la regla general del silencio administrativo negativo.

La lucha contra el no cumplimiento de la Administración de responder en tiempo a las solicitudes de los particulares, que es contrario a una “buena administración”, derecho fundamental en la UE, no se satisface con dictar un acto expreso, debería generar la responsabilidad correspondiente. La Administración, al menos, debe cargar con las costas procesales en caso de sentencia adversa, satisfacción extraprocesal o allanamiento.

La exigencia de un acto previo para reconocer el ejercicio de un derecho no tiene por qué ser necesaria. En esa línea se orienta el Derecho comunitario de acuerdo con requerimientos de una economía de mercado. De otra parte, la exigencia de una autorización ha acreditado la inoperancia del silencio admi-

nistrativo positivo,<sup>30</sup> que no es susceptible de aplicación a derechos fundamentales según lo expresado en la Constitución.

La actividad de la Administración debe ser reorientada de acuerdo con los principios propios de un Estado democrático de Derecho en la procura de los intereses generales, cuyo servicio es la razón de ser de la Administración Pública.

La información adecuada, la publicidad, la transparencia, favorecidas por los medios de las nuevas tecnologías, son indispensables para que funcione el sistema, a lo que ayuda una cultura democrática asumida por los ciudadanos, indispensable para la efectividad de la comunicación y declaración responsable, como sustitutivos del acto administrativo.

El Derecho administrativo, en definitiva, no ha de limitarse al control de las potestades de la Administración, sino que debe atender también a que sus estructuras y procedimientos garanticen eficientemente las libertades y derechos de los ciudadanos.

---

<sup>30</sup> Cfr. MARTÍN MATEO, R. “Silencio administrativo y actividad autorizante” *RAP*, 48, 1965.

# Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios

*Juan Francisco Pérez Gálvez*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Almería

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DE ESTE TRABAJO. II. POTESTAD REGLAMENTARIA Y CONFLUENCIA COMPETENCIAL. 1. Cuestiones formales y materiales de la potestad reglamentaria. 2. Naturaleza de la relación existente entre el ordenamiento estatal y los distintos ordenamientos de las Comunidades Autónomas. 3. Las competencias sobre los centros, servicios y establecimientos sanitarios: “bases-desarrollo”. III. EL CONCEPTO DE CENTRO, SERVICIO O ESTABLECIMIENTO SANITARIO Y SU DEPURACIÓN JURISPRUDENCIAL. 1. Centro sanitario. 2. Delimitación respecto a figuras afines. 2.1. El “servicio sanitario” o “unidad asistencial” como objeto de controversia jurídica. 2.2. Establecimiento sanitario. 2.3. Actividad sanitaria. IV. LAS CLASES DE CENTROS, SERVICIOS O ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS Y SU RELACIÓN CON LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES SANITARIAS TITULADAS. V. LA RAZÓN DE INTERÉS GENERAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA [SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (GRAN SALA) DE 10 DE MARZO DE 2009]. 1. Status quaestionis. 2. Litigios principales y cuestiones prejudiciales. 3. Petición de autorización de un centro o establecimiento sanitario y libre prestación de servicios. 3.1. Un supuesto de interés: sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de junio de 2010. 3.2. Autorización condicionada a la prestación ofrecida por los medios concertados.

## RESUMEN

El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, del Ministerio de Sanidad y Consumo, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, cumplirá diez años en el ejercicio que acabamos de comenzar. Se trata de una disposición reglamentaria de

extraordinaria relevancia. Y efectuó esta afirmación, porque no es el dispositivo asistencial el principal condicionante de nuestro nivel de salud, pero su importancia e incidencia están fuera de toda duda.

El estudio y análisis del régimen jurídico y de las controversias dirimidas por nuestros juzgados y tribunales en este sector, configuran el complemento perfecto para valorar la idoneidad de una norma, que de un modo silencioso, otorga carta de naturaleza a la seguridad jurídica que los ciudadanos demandamos en la recepción de estos servicios.

Palabras Clave: Autorización, centros, servicios y establecimientos sanitarios.

#### ABSTRACT:

The Royal Decree 1277/2003, of 10 October, the Ministry of Health, by laying down the general rules on authorization centers, services and establishments, will be ten years in the year just begun. This is a statutory provision of extraordinary importance in the legal health. And made this statement because no assistive device is the main determinant of our health status, but its relevance and impact, are beyond doubt.

The study and analysis of legal disputes settled by our courts form the perfect complement to assess the suitability of a provision that in a silent, naturalization papers gives legal certainty that citizens demand in receiving these services.

Key Words: Authorization, centers, services and establishments.

## I. JUSTIFICACIÓN DE ESTE TRABAJO

La sanidad está de moda, o al menos, los temas relacionados con la salud son objeto de consideración en la comunidad científica, los medios de comunicación y en la realidad más cercana. La suspensión cautelar del “euro por receta”, la colegiación obligatoria de los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración (STC 3/2013, de 13 de enero), la supresión de servicios sanitarios con la pretensión de hacer el sistema más eficiente, las distintas modalidades de gestión o “privatización de la sanidad pública” como aparece referenciada en las cabeceras de la prensa escrita, y un largo etcétera de materias vinculadas de modo directo o indirecto con una prestación muy apreciada y muy bien valorada por los ciudadanos, a tenor de

los resultados de las encuestas que los centros de investigaciones sociológicas realizan periódicamente, son objeto de atención preferente.

También debo destacar que estamos de aniversario, pues conmemoramos diez años de vida de varios textos legales que inciden notablemente en la articulación jurídica del sector. Entre ellos debo destacar, al menos, los siguientes: Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Sin duda, todas ellas serán objeto de tratamiento y consideración pormenorizada, por su relevancia, por su incidencia y por el carácter estructural que tienen en nuestro Sistema Nacional de Salud.

Forma parte de este nutrido grupo de disposiciones, y en la que concurre también la trascendencia y el aniversario referido en el párrafo anterior, el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, del Ministerio de Sanidad y Consumo, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios (BOE de 23 de octubre, núm. 254). Su rango jerárquico puede llevarnos a olvidar su trascendencia, a pesar, de que casi todos los titulares del sector salud que copan los medios de comunicación tienen como base o soporte un centro, servicio o establecimiento sanitario. Debemos tener en cuenta que tal y como determina su disposición final primera: «Este real decreto tiene carácter de norma básica en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.16<sup>a</sup>, de la Constitución». Esta disposición tiene continuidad natural en los respectivos Decretos autonómicos que materializan las bases más desarrollo, propias del esquema de un Estado autonómico como el nuestro.

El estudio de las nuevas disposiciones que se publican en el Boletín Oficial del Estado, forma parte del cometido de los administrativistas. Es frecuente, que incluso antes de su entrada en vigor, comencemos el análisis de las consecuencias que se derivarán de cualquier texto legal. Es menos frecuente, evaluar estas disposiciones a la luz de los problemas reales que su publicación propicia. Dicho de otro modo, no solemos realizar un estudio que permita determinar que cuestiones polémicas ha suscitado la entrada en vigor de una determinada disposición de un modo global. Y para ello, existe un baremo o termómetro perfecto, a saber, la jurisprudencia. Cuando me refiero a la jurisprudencia, no me refiero sólo a «la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», sino que englobo las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea, Audiencia Nacional y también los Tribunales Superiores de Justicia, puesto que los centros, servicios y establecimientos sanitarios, en buena medida, se regulan a través de disposiciones autonómicas.

Por todo lo expuesto, en este trabajo abordaré el régimen jurídico de las bases generales de una realidad, que a pesar de sus múltiples manifestaciones, nos puede pasar desapercibida.

## II. POTESTAD REGLAMENTARIA Y CONFLUENCIA COMPETENCIAL

### 1. Cuestiones formales y materiales de la potestad reglamentaria.

Tanto la Ley General de Sanidad (art. 29.2) como la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (Disposición Final 5<sup>a</sup>), básicas en la materia, autorizan al Gobierno para dictar las disposiciones complementarias que sean precisas sobre calificación, registro y autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Ese es el objeto fundamental del RD 1277/03, y que desde luego no constituye materia idónea para ser reglada mediante Ley formal<sup>1</sup>.

La titularidad y competencia de la potestad reglamentaria<sup>2</sup> constituyen exigencias y límites formales del reglamento. Además deberá respetarse el principio de jerarquía normativa respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3<sup>3</sup>, 97 y 103 CE), así como respecto a los demás reglamentos dependiendo de su rango jerárquico. Así lo ha establecido, entre otras, la STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2007 (Ar. 801), FD TERCERO:

---

<sup>1</sup> Vide STS de 14 de mayo de 2007 (Ar. 5849), FD SÉPTIMO.

<sup>2</sup> Vide SAN de 26 de septiembre de 2007 (Ar. 664), FD TERCERO.

<sup>3</sup> Vide STC 83/1984, donde en relación al principio de legalidad afirma: «Este principio de reserva de Ley entraña [...] una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho [...]. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador».

«La alegación esencial que vertebra la demanda, bajo la invocación del principio de jerarquía normativa es la de que no puede establecerse en el Decreto impugnado la obligación de llevar hojas de reclamaciones en el ámbito de la sanidad privada hasta que la Comunidad de Madrid –por imponerlo así el art. 26.5 de la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid– no dicte una norma que regule, específicamente, el sistema de reclamaciones en el ámbito sanitario privado, al igual que lo ha hecho en el ámbito sanitario público mediante la correspondiente Orden de la Consejería de Sanidad (Orden 605/2003), ya que, mientras esa regulación específica del sistema de reclamaciones en el ámbito sanitario privado no se dicte, la imposición de llevar hojas de reclamaciones que establece el precepto impugnado supone la aplicación, en este ámbito, de la legislación general de consumidores, legislación que no se considera de aplicación por el Colegio demandante, en la medida en que las consultas de odontología se rigen por su normativa propia en la que no se establece dicha obligación.

Y este planteamiento esencial sobre el que se articula la demanda no puede ser aceptado porque la validez de una norma reglamentaria, desde la perspectiva de su respeto a la Ley (principio de jerarquía normativa), no puede depender de que se haya dictado o no una norma que, a su vez, desarrolla la norma reglamentaria que se analiza, que es lo que realmente pretende la parte actora al entender que debió dictarse por la Comunidad de Madrid, en el ámbito de la sanidad privada, una norma similar a la Orden 605/2003, que regula el sistema de reclamaciones en el ámbito de la sanidad pública, antes de dictarse el precepto impugnado que impone la obligación de llevar hojas de reclamaciones también en el ámbito de la sanidad privada.

En efecto, en el presente caso, ninguna vulneración del principio de jerarquía normativa se ha producido por la regulación contenida en el precepto impugnado (art. 21.e del Decreto 51/2006), cuyo contenido no es sino concreción o desarrollo del precepto legal en que con toda naturalidad se inserta el art. 26.5 de la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid».

La inderogabilidad singular de los reglamentos y el cumplimiento del procedimiento de elaboración de los mismos también forman parte de esa reserva o límite formal al que me he referido.

Exigencias materiales que afectan al contenido de la norma reglamentaria son la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley, sino que comprende dichos principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento. Para cumplir esta finalidad, es necesario un proceso en su elaboración que garantice la participación de todos aquellos que ostentan la condición de interesados. De este modo, el trámite de audiencia, constituye un elemento esencial del mismo, en los términos que han sido determinados por la STS de 5 de julio de 2005 (Ar. 5206), FD PRIMERO:

«En segundo lugar y por lo que se refiere a la exigencia legal del trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones generales, el 105, apartado a) de la Constitución, establece que: “la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”, precepto desarrollado en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, según el cual: “elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición”.

En cuanto al alcance de tal previsión legal, esta Sala ha declarado en las sentencias de [...], que el trámite de audiencia ha de calificarse como participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general “preceptivamente impuesta” y que “requiere en el órgano que instruye una actividad configurada técnicamente como carga, concretada en la llamada de las organizaciones y asociaciones que necesariamente deben ser convocadas pues, en otro caso, el procedimiento podría quedar viciado o incluso la disposición resultante podría estar incurso en nulidad”, debiendo distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata, de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan “por Ley” la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto. [...].

Pues bien, desde estas consideraciones generales, lo primero que se advierte en este caso, es que en la elaboración del Real Decreto 1277/2003 impugnado, no sólo se ha dado trámite de audiencia a las organizaciones y asociaciones que necesariamente debían ser emplazadas al efecto sino que se ha incluido la audiencia de un considerable número de asociaciones de carácter voluntario, [...], habiéndose oído igualmente a las Comunidades Autónomas, a pesar de no contemplarse específicamente tal exigencia, como expresamente se indicaba en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia [...], por lo que objetivamente no se advierte la infracción de los indicados preceptos, al haberse cumplido ampliamente con dicho trámite»<sup>4</sup>.

Teniendo presente en todo caso, que la preceptividad de la audiencia excluye las asociaciones de carácter voluntario, aunque nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, pudiendo incluso recabar el informe de entidades de afiliación voluntaria que agrupen a colectivos afectados<sup>5</sup>.

## **2. Naturaleza de la relación existente entre el ordenamiento estatal y los distintos ordenamientos de las Comunidades Autónomas.**

La nueva ordenación territorial del Estado que introdujo la Constitución Española de 1978 en su Título VIII ha supuesto un cambio radical en las relaciones entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

Esta ordenación territorial, con independencia de la integración del Derecho Comunitario Europeo, se establece en tres niveles –Administración del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Administración Local– sobre la base del principio de autonomía (art. 137 CE), que implica una potestad normativa propia, base de otros tantos ordenamientos singulares en relación con el ordenamiento general del Estado.

Esta pluralidad normativa, derivada de centros organizativos separados, se configura constitucionalmente sobre la base de tres principios generales (sigo

---

<sup>4</sup> En idénticos términos *Vide* STS de 1 de diciembre de 2008 (Ar. 200).

<sup>5</sup> *Vide* STS de 14 de mayo de 2007 (Ar. 5849), FD OCTAVO.

aquí la argumentación de la STS de 13 de octubre de 2003, Ar. 7917, ponente: Fernández Montalvo):

a) Las Comunidades Autónomas han supuesto un cambio sustantivo respecto de la naturaleza de los entes locales. Estos son entes con poderes esencialmente administrativos, cuya competencia normativa, aunque opere en un ámbito autonómico garantizado por la Ley (Leyes de Régimen Local o leyes sectoriales) y esté cubierta por una “garantía institucional” en la propia Constitución, es meramente reglamentaria.

Por el contrario, las Comunidades Autónomas no son simples entes administrativos, sino que poseen una verdadera esencia política por su misma posición constitucional y cuentan con un conjunto de poderes y funciones en un Estado que el Tribunal Constitucional ha calificado de “Estado compuesto”, aludiendo al sistema de autonomías político-territoriales de nacionalidades y regiones que consagra, como uno los principios básicos, el artículo 2 CE.

Las Comunidades Autónomas tienen genuinos poderes legislativos. Y, por su parte, el Tribunal Constitucional ha considerado que las leyes autonómicas pueden cubrir por sí mismas la reserva constitucional de Ley, con lo que se establece la identidad de naturaleza con la ley ordinaria del Estado. La Ley del Estado y la Ley autonómica tienen, pues, el mismo rango y valor en sus respectivos ámbitos de competencia.

b) Las complejas relaciones internormativas que se producen no pueden explicarse sobre el principio de jerarquía. Aparece, por el contrario, un principio esencial de relación internormativa, cual es el principio de competencia.

Las normas autonómicas surgen en ámbitos competenciales reservados a favor de la respectiva Comunidad Autónoma por la Constitución y los Estatutos (arts. 143 y 147) por las leyes orgánicas de transferencia o delegación de facultades (art. 150.2) y por las leyes marco (art. 150.1 y 3). Dentro de esos ámbitos de autonomía las leyes y reglamentos del Estado no están supraordenados a las normas autonómicas antes bien están excluidos, por virtud de la reserva constitucional o legal.

La pluralidad de ordenamientos implica que cada uno tenga un ámbito propio; de manera que una norma de Comunidad Autónoma que penetrase en el ámbito estatal o viceversa, sería nula por vulneración de las normas constitucional y estatutaria que han construido tal ámbito competencial.

El principio de separación de los ordenamientos se instrumenta de forma recíproca ante el Tribunal Constitucional, bien mediante el recurso o cuestión de inconstitucionalidad, bien mediante el conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la garantía judicial ordinaria que presta la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) La indicada relación de los ordenamientos estatal y autonómico se producen sin perjuicio de la articulación de todos ellos en el supraordenamiento constitucional. La separación entre ordenamientos a que me he referido no es en manera alguna absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma normarum. Así pues, la unidad del ordenamiento general del Estado se encuentra en el nivel constitucional que comprende y abarca la totalidad de los dos subsistemas: el estatal stricto sensu y los autonómicos.

De esta posición de cada ordenamiento con la Constitución, en cuanto tronco común de todos ellos, deriva:

1º) Si bien existe separación entre las dos clases de ordenamiento, estatal y autonómico, las relaciones respectivas de cada uno de ellos con la Constitución es de subordinación jerárquica.

2º) La validez de todas las normas, tanto del Estado como de los ordenamientos autonómicos, está condicionada a su constitucionalidad.

3º) No sólo el Derecho estatal, sino la totalidad de los Derechos autonómicos, comenzando por los Estatutos, deben ser interpretados “conforme a la Constitución”.

d) A pesar de que la relación entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos regionales se rija fundamentalmente por el principio de competencia, no constituyen, sin embargo, compartimentos estancos, en cuanto coinciden en un ámbito personal y territorial de aplicación, y existe una indudable interconexión en la vida social que determina que cualquier actuación administrativa pueda incidir en títulos competenciales diversos atribuidos al Estado y a las Comunidades Autónomas.

Muy gráficamente lo ha expuesto la STSJ de Andalucía, Granada, de 21 de junio de 2010 (Ar. 356131), FD QUINTO:

«Con todo ello puede determinarse que la relación existente entre las normas básicas estatales y las normas de desarrollo de las corres-

pondientes Comunidades Autónomas se manifiesta en la imagen gráfica de tres círculos concéntricos:

– el primero y central: determinaciones de interés general, común denominador para todos, con efecto preclusivo o de cierre por ser imposible su modificación por el derecho de las Comunidades Autónomas y de desplazamiento respecto de derecho autonómico que pudiera estar hasta entonces regulando la materia.

– el segundo: círculo de encuadramiento, en el que se incluyen todos los aspectos que quedan abiertos a la regulación de las Comunidades Autónomas a efectos de desarrollo de sus propias políticas.

– el tercero: círculo de suplencia, en que la normativa básica se aplicará en las Comunidades Autónomas que no regulen la materia en tanto no dicten normas propias.

Con esta base doctrinal, ha de determinarse que el legislador estatal establece una serie de pautas (la clasificación general de centros, servicios y establecimientos sanitarios) encomendando a las Comunidades Autónomas el desarrollo de esta materia, y también la ejecución de la misma. O sea, que existe una habilitación o mandato legal, ya que no agota el contenido y alcance de la materia regulada en el propio texto legal, sino que se remite a lo que cada Comunidad Autónoma (dentro de su autonomía política) puedan determinar con amplitud de criterio, dejando abierta la posibilidad a que éstas puedan, según sus peculiaridades propias, ampliar la clasificación básica estatal.

Además, esta regulación garantiza el derecho de los ciudadanos, porque somete a autorización administrativa el funcionamiento de otros establecimientos que procedan a la adaptación individualizada de productos sanitarios, descripción que deberá concretar la propia normativa reguladora de los mismos».

### **3. Las competencias sobre los centros, servicios y establecimientos sanitarios: “bases-desarrollo”.**

La Constitución Española de 1978, en su art. 149.1.16 otorga el Estado la competencia exclusiva en materia de “Bases y coordinación general de la sanidad”, y el art. 148.1.21 reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autó-

nomas, a través de sus Estatutos de Autonomía, asuman competencias en materia de “Sanidad e higiene”. Esta distribución posibilita que Estado y Comunidad Autónoma regulen de modo global este ámbito jurídico. Al primero le corresponde establecer el régimen jurídico básico, y a la segunda, establecer la normativa de desarrollo. Las consecuencias son las siguientes<sup>6</sup>:

a) La atribución al Estado del establecimiento del mínimo común normativo o la regulación principal uniforme que debe existir y aplicarse con carácter general en todo el territorio nacional. De este modo se asegura un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad puede establecer las propias peculiaridades.

b) Las bases, que tienen según el Tribunal Constitucional un carácter material o sustantivo, en materia de sanidad comprende, como manifestación esencial y característica, la elección del propio modelo sanitario atribuido, sin duda, al Estado. Y a partir de tal opción la legislación estatal, en defensa del interés general, diseña el fundamento propio de las bases con un contenido circunstancial y variable y los consiguientes efectos de preclusión o de desplazamiento para la normativa autonómica, sin perjuicio, claro está, del ulterior y eventual control del Tribunal Constitucional.

La STSJ de Madrid, de 10 de julio de 2007 (Ar. 801), FD CUARTO, advierte claramente sobre esta cuestión al afirmar:

«[...] en este caso ya no podemos acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia que es el que articula las relaciones entre las normas estatales y autonómicas. [...].

Como claramente puede colegirse de esta explicación, las normas que se contienen en el citado Real Decreto que afectan al “contenido funcional de las profesiones (de odontólogo, protésico dental e higienista dental) vinculadas a los correspondientes títulos académicos habilitantes” y que regulan, por tanto, “dichas profesiones, así como sus cometidos principales, capacidades y responsabilidades”, se han dictado por el Estado al amparo del título competencial previsto en el art. 149.1.30 CE, que atribuye al Estado la competencia sobre la “regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desa-

---

<sup>6</sup> *Vide* STS de 13 de octubre de 2003 (Ar. 7917), FD QUINTO.

rollo del art. 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”. Y en cambio, las normas contenidas en dicho Real Decreto que afectan a “los requisitos básicos y mínimos correspondiente a los centros, servicios y establecimientos de salud dental”, se han dictado por el Estado al amparo del título competencial previsto en el art. 149.1.16 CE, que atribuye al Estado la competencia, entre otras materias, sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”.

En este caso, la cuestión discutida –obligación de tener hojas de reclamaciones en los servicios, centros y establecimientos sanitarios públicos y privados, incluidos los de salud dental– afecta a los requisitos de funcionamiento de dichos servicios y establecimientos sanitarios por lo que el título competencial que debemos aplicar es el de “bases y coordinación general de la sanidad”, estableciendo en el art. 149.1.16 CE, en cuya virtud, corresponde al Estado en esta materia la legislación básica y a las Comunidades Autónomas el desarrollo de esas bases, [...].

Por tanto, nada tiene de extraño que el citado Real Decreto no establezca la obligación de llevar hojas de reclamaciones en los centros y establecimientos relativos a la salud dental y que esta obligación se imponga, “ex novo”, en la legislación autonómica que venimos analizando ya que el concepto material de “bases” impide que la legislación del Estado agote la materia a la que las bases se refieren, pues el desarrollo autonómico de las bases debe permitir a las Comunidades Autónomas llevar a cabo sus propias políticas en la materia, siempre dentro de aquellas bases. Así pues, las bases estatales deben respetar un ámbito de actuación propia de las Comunidades Autónomas, pues la autonomía significa la posibilidad de seguir políticas propias, de forma que siempre ha de quedar un margen de decisión a las Comunidades Autónomas para el desarrollo, como consideren oportuno, de las bases estatales. Y así, como tempranamente señaló el Tribunal Constitucional, “el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacías de contenido las correlativas competencias de la Comunidad.

En consecuencia, ninguna discordancia con el ordenamiento jurídico puede extraerse del hecho, puesto de relieve en la demanda, de que el RD 1594/1994, no establezca esta obligación y si se imponga

dicha obligación en la norma reglamentaria autonómica analizada, pues se trata, simplemente, del juego normal de la técnica competencial “bases-desarrollo”».

c) El propio mecanismo de bases más desarrollo y aludidos efectos de preclusión y desplazamiento en la determinación de lo básico de una materia, además del efecto de suplencia, determina que las Comunidades Autónomas no tengan supeditado el ejercicio de su competencia normativa de desarrollo a que el Estado dicte la norma básica. Si el legislador no ha definido las bases de una materia, ello no significa que no existen, ni tampoco que el legislador comunitario autonómico no pueda legislar hasta que el estatal las defina<sup>7</sup>.

La STS de 6 de julio de 2005 (Ar. 9541), en un caso donde se cuestiona el carácter básico del RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, afirma (FD PRIMERO):

«[...]. Tampoco puede llegar a comprender esta Sala a que tipo de doctrina constitucional se refiera la actora cuando alega que ésta no reconoce que se pretenda dotar de carácter de normativa básica en la materia que regula el Real Decreto cuestionado. Ciertamente que el argumento se formula en términos absolutamente genéricos, sin descender con el debido detalle al caso que nos ocupa; pero, de todas formas, lo cierto es que la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala han reconocido en muchas ocasiones el carácter básico —a los efectos del artículo 149.1 de la Constitución— de disposiciones que adoptan la forma de Real Decreto, siempre que se ajusten a los requisitos que en este caso, precisamente concurren.

---

<sup>7</sup> *Vide* STS de 6 de julio de 2005 (Ar. 9541), FD PRIMERO: «[...]. Esta Tribunal ignora por qué razón la actora pretende limitar el carácter complementario y de desarrollo normativo del RD 1277/03 a la Ley de 25 de abril de 1986, y en concreto a su artículo 29. La simple lectura del preámbulo del mismo incluso de sus primeros párrafos, ya pone de manifiesto que el reglamento impugnado se propone desarrollar y complementar dos disposiciones con carácter de ley formal: la ya mencionada General de Sanidad y la Ley 16/03, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que precisamente regula con carácter básico las garantías mínimas de seguridad exigibles para la regularización y autorización, por parte de las Comunidades Autónomas, de la apertura y puesta en servicio de centros, servicios y establecimientos sanitarios en su respectiva demarcación territorial. Añadiéndose en el párrafo tercero del mismo preámbulo, que constituye la finalidad del RD 1277/03 la regulación de las bases de autorización de dichos centros, servicios y establecimientos sanitarios de conformidad con lo preceptuado en las Leyes de 25 de abril de 1986 y 28 de mayo de 2003».

En efecto: refiriéndonos únicamente a la doctrina constitucional que sirve de término de contraste a la demandante, la noción de legislación básica a que se refiere el artículo 149 ha de ser entendida en sentido material, no siendo absolutamente necesario que revista el carácter de ley formal cuando: a) bien careciendo de legislación postconstitucional sobre el tema, el Gobierno regule una materia básica, siempre que de la legislación preconstitucional pueda inferirse claramente cuales sean las bases establecidas sobre la misma; b) bien cuando existiendo normas postconstitucionales que definan lo que resulta básico sobre una materia determinada, la posterior regulación complementaria por vía de reglamento viniese autorizada en virtud de una habilitación legal y esa posterior regulación se refiera a un aspecto de dicha materia cuya naturaleza haga inadecuada e innecesaria su regulación en virtud de Ley formal.

Tanto la Ley General de Sanidad (artículo 29.2) como la de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (Disposición Final 5<sup>a</sup>), básicas en la materia, autorizan al Gobierno a dictar las disposiciones complementarias que sean precisas sobre calificación, registro y autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, tema que constituye el objeto explícito del RD 1277/03, y que desde luego no constituye materia idónea para ser reglada mediante Ley formal».

### III. EL CONCEPTO DE CENTRO, SERVICIO O ESTABLECIMIENTO SANITARIO Y SU DEPURACIÓN JURISPRUDENCIAL<sup>8</sup>

Todos los centros y establecimientos sanitarios deberán ser objeto de autorización y registro<sup>9</sup>. Pero ha sido difícil a lo largo del tiempo establecer un concepto y una clasificación omnicompreensiva e intertemporal:

---

<sup>8</sup> Para un estudio más detallado sobre esta materia *Vide*: Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Autorización y registro de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003; Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Comentarios al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 2004; Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

<sup>9</sup> *Vide* STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de febrero de 2002 (Ar. 148148).

«En este punto, resulta oportuno hacer unas matizaciones. Tanto los hospitales como las Clínicas son organizaciones sanitarias de alta tecnología médica —es lo que se denomina Asistencia Terciaria—, destinadas a poner todos sus medios, tanto materiales como personales, a disposición de los enfermos, con la finalidad de tratarles y conseguir, en su caso, si ello es posible, su curación.

Pero hay una diferencia entre ambas organizaciones. Generalmente, las Clínicas son de carácter privado, mientras que los Hospitales suelen ser propiedad de instituciones públicas. [...]»<sup>10</sup>.

Lo cierto, es que el concepto y la clasificación de los centros y establecimientos sanitarios pueden responder a diversas motivaciones<sup>11</sup>.

### 1. Centro Sanitario.

El Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en sentencia de 26 de marzo de 1999, tiene que enjuiciar una cuestión litigiosa motivada por la incoación de un procedimiento sancionador donde se imputan los siguientes hechos:

«1º) que en la fachada del edificio correspondiente al piso del “Instituto de Belleza [...]”, existe un rótulo con la siguiente inscripción: “Cirugía y Medicina Estética. Liposucción-Lipoescultura ultrasónica, obesidad, celulitis, arrugas, acné y varices”.

2º) la propietaria se niega a dar información, así como a la realización de visita de inspección. Solicitada por la inspección autorización sanitaria y memoria de actividades, éstas no han sido presentadas.

---

<sup>10</sup> Vide Aurelia María ROMERO COLOMA, *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid, 2002, p. 92.

<sup>11</sup> Vide STSJ del País Vasco de 7 de septiembre de 2011 (ar. 173438), FJ SEGUNDO: «[...] a) La empresa discrepa de la Administración, que considera que para que pudiera ser “establecimiento de tejidos”, previamente debía ser “centro sanitario”, y en concreto “banco de tejidos”. La recurrente discrepa y considera que tendría que ser “centro sanitarios”, pero no “banco de tejidos”».

3º) incumplimiento del requerimiento efectuado por la Inspección de Sanidad en acta de 19-5-1995 para que retire en el plazo de una semana el rótulo publicitario que hace referencia a prácticas médicas»<sup>12</sup>.

El Diccionario de uso del español (edición abreviada) María Moliner, Gredos, Madrid, 2008, determina que el significante “centro”, tiene, entre otros, los siguientes significados: «6. Establecimiento en que se desarrolla una actividad de enseñanza, sanitaria, comercial, etc. [...]». El mismo diccionario define lo sanitario como: «De [la] sanidad». De la sanidad se dice que es el: «Conjunto de servicios [...] que se refieren a la salud pública».

La unión de los significados descritos nos llevaría a afirmar que un centro sanitario será un lugar donde se desarrolla una actividad consistente en un conjunto de servicios para preservar la salud de los habitantes. Sin embargo, una ambulancia es considerada como un centro sanitario (móvil), y sin embargo no es un lugar, pues se trata de un bien mueble. Su participación en la preservación de la salud también es indirecta, y parece quedar un tanto descolgada del concepto expuesto. Lo mismo puede ocurrir con un barco hospital, o con otros ejemplos en los que puede faltar alguna de estas características. Por todo ello es necesario acuñar un concepto que permita establecer su significación teniendo en cuenta todos los elementos y características que deben confluír para garantizar una adecuada asistencia a los ciudadanos.

Por tanto, será un centro sanitario legalizado aquel en el que concurren unos elementos objetivos, subjetivos, conectivos, con una determinada finalidad y que así resulte autorizado por la Administración sanitaria en virtud de una previa habilitación legal o reglamentaria. Es decir, *«todo aquel bien mueble o inmueble en el que tras una correcta identificación, se reúnen los espacios físicos necesarios*

---

<sup>12</sup> Vide STSJ de las Islas Baleares, de 26 de marzo de 1999, FD PRIMERO, donde frente a lo expuesto se argumenta:

«1º) que no se niega la existencia del rótulo si bien se discrepa en la valoración del hecho ya que, en realidad, el Centro de Belleza gestiona dichas intervenciones médicas que se realizan en los centros sanitarios correspondientes.

2º) que la autorización exigida en el Decreto [...] lo es para “centros sanitarios” y el instituto de belleza regentado por la demandante no lo es ya que no hay instalaciones sanitarias y toda conexión con la actividad médica es el hecho de que la doctora [...], en determinados días, pasa consulta y asesora.

3º) no se produjo obstrucción alguna a la actividad instructora sino que simplemente se manifestó el deseo de que se le informase de sus derechos y obligaciones al respecto. Por otra parte no consta que en el acta se reflejase el apercibimiento oportuno de las consecuencias derivadas de la negativa la inspección que se pretendía realizar en el mismo momento».

*(área de recepción, sala de espera, área clínica, etc, uno o varios), el equipamiento y dotación de material y personal sanitario titulado, donde las técnicas o medios de carácter sanitario que utilizan tienen como finalidad principal o accesoria, ya sea preventiva, diagnóstica, terapéutica, rehabilitadora o didáctica, la curación o mejora de la salud del ciudadano y que previamente ha sido autorizado por la Administración sanitaria conforme a las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, para este fin»<sup>13</sup>.*

El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, art. 2.1.a), define como centro sanitario «el conjunto organizado de medios técnicos e instalaciones en el que profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, realizan básicamente actividades sanitarias con el fin de mejorar la salud de las personas. Los centros sanitarios pueden estar integrados por uno o varios servicios sanitarios, que constituyen su oferta asistencial». Sólo tendrán esta consideración los que se recogen en esta disposición.

A la vista de estas referencias legales hoy no sería posible llegar a un pronunciamiento como el que establece la STSJ de las Islas Baleares de 26 de marzo de 1999 (Ar. 573):

«Pues bien, desde el momento en que la propia Administración demandada reconoce (apartado II de su escrito de contestación, párrafo 6º) que «ha quedado demostrado que los actos médicos de “ci-

---

<sup>13</sup> Vide Ley 37/62, de 21 de julio, de Hospitales, BOE de 23 de julio, núm. 175: «A tales principios y premisas responde que se consideren los Hospitales como centros de asistencia, con el más amplio sentido de las distintas fases o clases de medicina, inclusive la formación del personal o la investigación científica, y desde luego abiertos para toda la población, sin perjuicio de limitaciones derivadas de prioridades determinadas por su destino o de su ámbito y especialidad». Vide LGS, art. 65.2: «El hospital es el establecimiento encargado, tanto del internamiento clínico, como de la asistencia especializada y complementaria que requiera su zona de influencia». Vide José ORTIZ DÍAZ, “Hacia una reordenación de la sanidad pública española: el problema hospitalario”, *RAP*, 51, (1966), p. 164: «El hospital, a más de potenciar la función asistencial de medicina curativa, deberá realizar medicina preventiva y de rehabilitación y recuperación del enfermo. En suma, proporcionar una “asistencia integrativa”». En la p. 168, nota 30 establece: «El hospital de nuestros días –se dice– es un centro de irradiación de conocimientos y actividades técnicas, encargadas de velar por la salud de la población. Tiene que disponer de los medios necesarios para formular un diagnóstico inmediato, para prescribir el tratamiento adecuado y para aplicar, cuando así proceda, medidas de readaptación sin pérdida de tiempo». Por ello en esta misma página incluye la definición de hospital que da la O.M.S. en 1957: «El hospital es parte integrante de una organización médica y social, cuya misión consiste en proporcionar a la población una asistencia médico-sanitaria completa, tanto curativa como preventiva y cuyos servicios llegan hasta el ámbito familiar; el hospital es también un centro de formación de personal sanitario y de investigación». Vide Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 3. *Las definiciones legales*: «Centro sanitario: el conjunto organizado de profesionales, instalaciones y medios técnicos que realiza actividades y presta servicios para cuidar la salud de los pacientes y usuarios».

rugía, liposucción, lipoescultura ultrasónica” y, en general, aquellos que precisen intervenciones quirúrgicas, no se realizaban en el centro, ni por cuenta de éste» y que «se acepta, como hecho probado, que el centro carece de instalaciones al efecto, y por todo ello se considera innecesaria una nueva inspección [...]»; debe entenderse que el Centro de Belleza que nos ocupa no puede ser calificado como «centro, servicio o establecimiento sanitarios» ya que no se prestan los servicios sanitarios descritos en el precepto arriba mencionado».

## 2. Delimitación respecto a figuras afines.

### 2.1. El “servicio sanitario” o “unidad asistencial” como objeto de controversia jurídica.

La oferta asistencial de los centros sanitarios podrá estar integrada por uno o varios servicios o unidades asistenciales. Además, también han sido catalogados los servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria. Son servicios que realizan actividades sanitarias pero que están integrados en organizaciones cuya principal actividad no es sanitaria (prisión, empresa, balneario, residencia de tercera edad, etc).

El Diccionario de uso del español (edición abreviada) María Moliner, Gredos, Madrid, 2008, define el “servicio” como: «1. Acción de servir. 2. Actividad que consiste en servir. 4. Actividad económica destinada a satisfacer determinadas demandas de los ciudadanos, sin crear bienes materiales. 6. Organización oficial o privada destinada a prestar cierto servicio. Sección de una empresa, organismo, etc., que presta determinado servicio».

El Diccionario de la Lengua Española, publicado por la Real Academia en su vigésimo primera edición, 1992, definía el “servicio” como: «18. Organización y personal destinados a cuidar intereses o satisfacer necesidades del público o de alguna entidad oficial o privada. 22. Prestación humana que satisface alguna necesidad del hombre que no consiste en la producción de bienes materiales. El que una empresa autorizada para prestar un determinado servicio público, realiza en función de sus propios intereses y de los de los usuarios. Organización municipal, provincial, nacional, etc, destinada a vigilar y proteger la salud pública».

Por tanto un servicio sanitario es una organización pública o privada, dotada de personal, destinada a satisfacer una o varias necesidades sanitarias.

Vuelven a confluir elementos subjetivos, objetivos y conectivos. Sin embargo es necesario destacar que una organización significa también: «Acción y efecto de organizar y organizarse. Conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado. Disposición, arreglo, orden». Dicho de otro modo, un centro o establecimiento sanitario puede organizarse internamente, de forma que las personas (profesionales) y los medios funcionen dispuestos en virtud del fin que pretenden atender.

Es de sobra conocido que los hospitales se organizan en virtud de las especialidades que prestan a los ciudadanos<sup>14</sup>, y estas especialidades se organizan en torno a un jefe de servicio y al resto de personal y medios materiales que forman parte del mismo. Por tanto se puede diferenciar un servicio de ginecología, cirugía, medicina interna, traumatología, cuidados intensivos, etc. Nadie dice “trabajo en la especialidad de medicina interna”, sino “trabajo en el servicio de medicina interna”, y sin embargo si se afirma “mi especialidad es la de medicina interna”. El carácter de organización, disposición, orden dentro del centro sanitario, es el dato que nos muestra como “el todo es más que la suma de las partes o servicios”.

Esta es la clave para comprender el concepto: “*Un servicio sanitario es la acción y efecto de organizar y organizarse (profesionales y medios) en torno a una especialidad científica sanitaria para conseguir un fin dentro de un centro o establecimiento sanitario*”<sup>15</sup>. En este sentido resulta fundamental su responsable<sup>16,17</sup>, es decir, el je-

---

<sup>14</sup> Vide LGS, art. 15: «1. Una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la atención primaria, los usuarios del Sistema Nacional de Salud tienen derecho, en el marco de su Área de Salud, a ser atendidos en los servicios especializados hospitalarios.

2. El Ministerio de Sanidad y Consumo acreditará servicios de referencia, a los que podrán acceder todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de los servicios especializados de la Comunidad Autónoma donde residan».

<sup>15</sup> Vide Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 3. *Las definiciones legales*: «*Servicio sanitario*: la unidad asistencial con organización propia, dotada de los recursos técnicos y del personal cualificado para llevar a cabo actividades sanitarias». Vide: STS de 12 de julio de 1999 (Ar. 6756), donde se determina que no se puede hacer desaparecer la sección de urgencias de un hospital mediante una modificación del Reglamento de Régimen Interior; STS de 22 de mayo de 2000 (Ar. 4537), donde se impugna el procedimiento seguido para la creación de un servicio hospitalario.

<sup>16</sup> Vide José Manuel MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad médica y derecho de los pacientes*, La Ley, Madrid, 1998, p. 296: «Los elementos estructurales que caracterizan esta modalidad vertical de la división del trabajo médico, de acuerdo con Wilhelm, son los siguientes: 1) el orden jerárquico de distribución de deberes como los de instrucción, control y vigilancia del superior, y la obligación de los subordinados de cumplir las órdenes de sus superiores jerárquicos; 2) la relación de dependencia de los subordinados en el contexto de la supra-subordinación; y 3) la delegación que afecta no sólo a la actividad del colaborador su-

fe de servicio, como elemento de interconexión con los demás y la dirección del centro<sup>18</sup>.

El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, en su art. 2.1.b) determina la definición de servicio sanitario en los siguientes términos: «*unidad asistencial, con organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, para realizar actividades sanitarias específicas. Puede estar integrado en una organización cuya actividad principal puede no ser sanitaria*».

---

bordinado sino también a lo que puede suponer de desplazamiento de competencias y responsabilidad como propias de funciones ajenas».

<sup>17</sup> Vide STS de 10 de noviembre de 1999 (Ar. 2658); STS de 2 de octubre de 2001 (Ar. 9031).

<sup>18</sup> Vide Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 1992 (Ar. 521), F.D. Primero: «[...] En ejecución de tal resolución judicial el Director-Gerente del Hospital Can Misses remitió el 7-12-1990 un escrito al señor T., cuyo último párrafo presenta la siguiente literal redacción: “debo también comunicarle que por corresponder legalmente a la Dirección Médica la supervisión y coordinación de los servicios médicos, se abstenga a (sic) tomar ninguna iniciativa como Jefe de Servicio que no haya sido formulada por escrito y aceptada por la mencionada Dirección”» y F.D. Tercero: «El vigente Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud no detalla el contenido de las funciones que compete desempeñar al titular de una Jefatura de servicios médicos, limitándose a decir en su art. 26 que “serán responsables del correcto funcionamiento de las mismas y de la actividad del personal a ellos adscrito, así como la custodia y utilización adecuada de los recursos materiales que tengan asignados”. No deben existir inconvenientes por tanto, que esa indefensión se supla con la relación de funciones que enumera el art. 71 de la O.M. 7-7-1972, entendiéndose subsistentes, cuando menos, todas aquellas que no aparecen claramente dejadas sin efecto por la normativa posterior, pues no es dudoso que en la actualidad, sigue correspondiendo al Jefe de Servicio ejercer la función rectora del Servicio coordinando la actividad profesional de las Secciones y Unidades Clínicas que lo integren, así como la utilización de los medios materiales, y también asistir responsablemente a los enfermos, lo mismo en cuanto a su atención directa, como la correcta utilización de los medios diagnósticos y terapéuticos que se les apliquen, aspectos ambos que parecen consustanciales a un puesto de tales características. Es cierto que la actuación profesional de los Jefes de Servicio se desenvuelve bajo la dependencia inmediata del Director Médico. Así lo indica de manera expresa el art. 25.2 del Reglamento y lo reitera el art. 10.2 cuando en su apartado a) determina que corresponde al Director Médico la dirección, supervisión, coordinación y evaluación del funcionamiento de los servicios médicos. Sin embargo, esta relación de subordinación en que se encuentra el Jefe de Servicio respecto del Director Médico no autoriza a desnaturalizar el cargo del primero, despojando de todo contenido práctico a las potestades de organización y dirección del servicio que lleva aparejado situación que se produce al instaurarse un sistema de control preventivo, absoluto y global, como el que establece la controvertida comunicación de 7-12-1990, ya que abarca la totalidad de las funciones que incumbe desarrollar al titular de la jefatura sin discordancia ni tan siquiera facetas organizativas y de pura asistencia médica, de modo que, aplicado dicho sistema hasta sus últimas consecuencias, conduce al absurdo de que el Jefe de Servicio se vea obligado a consultar con su superior –y con carácter vinculante– hasta las decisiones concernientes al tratamiento clínico y curativo de sus enfermos por insignificantes que sean, como subraya acertadamente la resolución recurrida. No hay responsabilidad sin margen reconocido y efectivo de libertad, como también recuerda el Juez “a quo”. En definitiva, el Director Médico puede lícitamente en

Con estas referencias legales no tienen cabida consideraciones como las que se enumeran en la STS de 6 de julio de 2005 (Ar. 9541), FD PRIMERO, donde se alega que el RD 1277/2003 excede de la habilitación legal concedida por la Ley General de Sanidad, pues «el artículo 29 de la Ley precitada únicamente se refiere a los “centros y establecimientos sanitarios”, de suerte que el concepto de “servicios” cuya definición –artículo 2º– los configura como unidad asistencial con organización diferenciada y dotada de los recursos técnicos y profesionales capacitados, es extraño a la habilitación otorgada por la Ley de 25 de abril de 1986».

En otros casos, lo que se reprocha es el propio concepto de unidad asistencial tal y como se encuentra definida en el RD 1277/2003, pues se entiende que incide o coarta las expectativas profesionales de aquellos que formulan el recurso<sup>19</sup>.

Aunque no se encuentra recogido en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, va tomando consistencia un nuevo tipo de criterio de ordenación del personal, que viene a ser un sustitutivo del “servicio sanitario”, y que se caracteriza esencialmente por la asignación del tratamiento de determinados procesos asistenciales, y por tanto, configurados con profesionales de diversas especialidades sanitarias.

La unidad de gestión clínica es la estructura organizativa en la que se materializa esta formulación instrumental en los centros sanitarios. Está integrada por personas de ámbito multiprofesional pertenecientes a distintos estamentos, disciplinas y categorías, de uno o varios distritos hospitalarios o áreas de gestión sanitaria, que prestan una atención integral, en el ámbito de su competencia, a la población asignada para lo que se otorgan unos recursos planificados. Se vertebrada en torno a la afinidad de las áreas de referencia del conocimiento en salud de sus profesionales y a las necesidades sanitarias y de protección de la salud de los ciudadanos, a los que específicamente atienden.

---

el recto cumplimiento de los deberes de su cargo impartir instrucciones más o menos específicas a los Jefes de Servicio que de él dependan; puede, inclusive, exigir que se recabe por anticipado su autorización en cuanto a la adopción de medidas relacionadas con los aspectos más importantes y trascendentes para el buen funcionamiento del servicio; puede, desde luego, revocar las órdenes que considere son incorrectas, desacertadas o que no se acomoden a sus directrices y criterios. Pero, reconocida normativamente la sustantividad del puesto dentro del organigrama del Hospital, lo que tiene vedado es suplantar “de facto” al Jefe de Servicio en el desempeño de su cometido específico».

<sup>19</sup> *Vide*: STS de 6 de julio de 2005 (Ar. 9541), FD TERCERO Y CUARTO; STS de 7 de marzo de 2006 (Ar. 1761).

Evidentemente, las áreas de referencia del conocimiento en salud a las que me he referido, se corresponden con la definición de profesiones sanitarias tituladas y reguladas en los grupos de nivel licenciado y diplomado y los títulos oficiales de especialistas en ciencias de la salud respectivos, previstos en el artículo segundo de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, con las adaptaciones que procedan respecto a los nuevos títulos universitarios de grado y posgrado.

Dependen orgánica y funcionalmente de la dirección gerencia de los centros sanitarios a los que se encuentran adscritas, sin perjuicio de la dependencia funcional que les corresponda para el cumplimiento de sus fines y objetivos<sup>20</sup>. Un buen ejemplo, lo constituye la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de Instituciones Sanitarias de Cantabria, art. 13:

«Criterios de ordenación del personal.

1. Las personas responsables de los servicios y unidades, siguiendo los criterios establecidos por la dirección del centro o institución, ejercerán la dirección funcional del personal que tenga asignado.

2. Las unidades orgánicas podrán constituirse en Unidades de Gestión Clínica, carentes de personalidad jurídica, que desarrollarán sistemas de gestión autónomos, de acuerdo con los criterios, límites y autorización de la Consejería competente en materia de sanidad.

3. Asimismo podrán constituirse Áreas de Gestión Clínica, carentes de personalidad jurídica, que serán el conjunto integrado de unidades orgánicas de carácter multidisciplinar que desarrollan sistemas de gestión autónomos en relación con los procesos asistenciales que se determinen, de acuerdo con los criterios, límites y autorización de la Consejería competente en materia de sanidad.

4. Tanto las Unidades de Gestión Clínica como las Áreas de Gestión Clínica constarán en la correspondiente plantilla orgánica. Si de la organización resultante se derivaran modificaciones de las condiciones de trabajo, éstas deberán ser negociadas con carácter previo en la correspondiente mesa de negociación».

---

<sup>20</sup> Vide Borrador del Proyecto de Decreto de Ordenación y Regulación de la Gestión Clínica en el Servicio Andaluz de Salud, versión final junio 2011, art. 3.

En el supuesto reproducido, llama poderosamente la atención la asignación del término unidad orgánica, a lo que normalmente se ha venido denominando “servicio”, y la reiteración en el dato de “carencia de personalidad jurídica”.

Para justificar esta opción se hace referencia a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, al disponer que los profesionales sanitarios desarrollan, entre otras, funciones en los ámbitos asistencial, investigador, docente, de gestión clínica, de prevención y de información y educación sanitarias (art. 4), y establece que la atención sanitaria integral supone la cooperación multidisciplinar, la integración de los procesos y la continuidad asistencial. Define además, el equipo de profesionales, como la unidad básica en la que se estructuran, de forma multiprofesional e interdisciplinar, los propios profesionales y el resto del personal que apoya el desarrollo de las actuaciones asistenciales. También dispone que los equipos profesionales, una vez constituidos y aprobados en el seno de las organizaciones o instituciones sanitarias, serán reconocidos y apoyados y sus actuaciones facilitadas por los órganos directivos y gestores de las mismas (art. 9). Establece que las administraciones sanitarias, los servicios de salud o los órganos de gobierno de los centros y establecimientos sanitarios, según corresponda, establecerán los medios y sistemas de acceso a las funciones de Gestión Clínica, a través de procedimientos en los que habrán de tener participación los propios profesionales y que el ejercicio de estas funciones estará sometido a la evaluación del desempeño y de los resultados (art. 10).

Sin duda, la aparición de nuevas necesidades y demandas en una sociedad en continuo crecimiento y expansión como la española, titular real de un sistema sanitario público y en donde las nuevas tecnologías y el conocimiento ocupan un lugar privilegiado, hace necesario establecer un marco general organizativo renovado. Para garantizar la sostenibilidad del sistema, se incorpora una cultura de corresponsabilidad de los profesionales en el control del gasto sanitario, al tiempo que es imprescindible adelgazar las estructuras administrativas simplificando las mismas y descentralizando la gestión al objeto de reducir sus costes y lograr la mayor eficacia. Por ello, se posibilita una nueva regulación del marco funcional en el que históricamente han desempeñado sus actuaciones los profesionales sanitarios del sistema sanitario público y hacerlo desde la eficiencia, desde los nuevos roles profesionales sanitarios y desde la orientación hacia los resultados en salud. Para intensificar el desarrollo de la gestión clínica:

«Procede, en consecuencia, de acuerdo con el marco legal vigente, a continuar introduciendo y concretando cambios en la organiza-

ción de los servicios sanitarios con arreglo a los criterios que configuran la gestión clínica y en orden a conseguir un triple objetivo:

Fomentar el incremento de la capacidad auto-organizativa de los profesionales para desarrollar niveles crecientes de autogestión de sus actividades clínicas y de salud pública, así como optimizar el uso de los recursos que utilizan, incorporando su corresponsabilidad a la gestión de los servicios sanitarios.

Impulsar la agrupación funcional y eficiente de los profesionales –en tanto en cuanto generan conocimiento específico basado en evidencias sobre el coste-efectividad de las técnicas y los procedimientos clínicos– en nuevos modelos organizativos coherentes con niveles acreditados de calidad objetivamente medidos y reconocidos. Se persigue con ello orientar la atención sanitaria, de acuerdo con los procesos asistenciales y de protección en el marco de los planes y estrategias transversales de salud, para favorecer la reducción de la variabilidad en la práctica clínica y en las intervenciones en salud pública.

Conformar un marco óptimo para el máximo desarrollo y aplicación efectiva del conjunto de herramientas operativas y funcionales de carácter estratégico que el Sistema sanitario Público de Andalucía ha venido incorporando desde hace más de una década, especialmente en los que se refiere a la gestión por competencias, los procesos asistenciales integrados y la acreditación de la calidad, adaptándolas a la composición específica de cada unidad y a las particulares circunstancias de cada momento»<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 4.5. En el art. 1 de este controvertido texto, se determina su objeto y ámbito de aplicación, en los siguientes términos:

«1. Este Decreto tiene por objeto establecer y definir la estructura organizativa renovada del Servicio Andaluz de Salud que implica un desarrollo efectivo de la Gestión Clínica. Ello supone la reducción de estructuras directivas, la simplificación del modelo organizativo y la regulación de aspectos esenciales tales como la autorización, estructura y funcionamiento de las Unidades de Gestión Clínica y de sus órganos de dirección y participación.

2. El ámbito de aplicación es la totalidad de actuaciones de atención sanitaria, incluyendo las de protección, promoción y prevención de la Salud Pública, que se desarrollan en todos los ámbitos de competencia del Servicio Andaluz de Salud.

3. Se consideran centros sanitarios a los efectos de pertenencia, adscripción y dependencia jerárquica y funcional de las Unidades de Gestión Clínica los Hospitales con sus Áreas hospitalarias, los Distritos de Atención Primaria y las Áreas de Gestión Sanitaria cuya denominación queda modificada por la disposición adicional tercera del presente Decreto pasando a ser denominadas Áreas integrales de Salud del sistema sanitario público de Andalucía».

El fundamento de esta nueva modalidad de configuración de la gestión clínica es una organización funcional de la atención sanitaria basada en una red distribuida de espacios organizativos de ámbito multiprofesional.

El objetivo fundamental se centra en prestar una atención sanitaria integral y de alta calidad en nuevos espacios compartidos que cuentan con la participación efectiva de los ciudadanos y en los que los profesionales sanitarios se integran en equipos configurados con criterios de agrupación eficiente en base a la afinidad de sus ámbitos de conocimiento específico, en el seno de uno o varios centros asistenciales, enlazando las necesidades de salud de los ciudadanos y las expectativas legítimas de los profesionales.

En el seno de la gestión clínica se materializa la gestión por valores, modelo descentralizado y participativo de dirección estratégica que se basa en la formulación de la visión del sistema sanitario público a partir de la identificación del conjunto de sus valores esenciales, la armonización de los diferentes aspectos de los mismos y su asunción explícita por cada una de las unidades organizativas y sus responsables, como elemento de legitimación social y soporte estratégico para la toma de decisiones en la planificación de la actividad de los equipos asistenciales, así como para su aplicación práctica a la provisión de servicios de salud en el nuevo escenario compartido entre los ciudadanos, los profesionales que les prestan servicios de salud y los administradores sanitarios, que supone la gestión clínica. Por todo ello, se fundamenta también en la gestión eficiente por parte de los profesionales de las partidas presupuestarias de gasto y consumos más representativos y con impacto real en la actividad asistencial o de salud pública que éstos desarrollan.

Como equivalencia a la jefatura de servicio, se crea el puesto de director de unidad de gestión clínica que tendrá categoría profesional de cargo homologable en términos retributivos con el rango de jefe de servicio para los profesionales del grupo A1 y con el rango de supervisor general, jefe de bloque o similar, para los profesionales del grupo A2.

## 2.2. Establecimiento sanitario.

La clasificación del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, establecimientos y servicios sanitarios, determina los establecimientos sanitarios que pueden operar en nuestro país, a saber:

– E.1 Oficinas de farmacia: establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas, en las que el farmacéutico titular-propietario de aquéllas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, debe prestar a la población los servicios básicos recogidos en el artículo 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia.

– E.2 Botiquines: establecimientos sanitarios autorizados para la tenencia, conservación y dispensación de medicamentos y productos sanitarios, por la existencia de dificultades especiales de accesibilidad a una oficina de farmacia.

– E.3 Ópticas: establecimientos sanitarios donde, bajo la dirección técnica de un diplomado en Óptica y Optometría, se realizan actividades de evaluación de las capacidades visuales mediante técnicas optométricas; tallado, montaje, adaptación, suministro, venta, verificación y control de los medios adecuados para la prevención, detección, protección, mejora de la agudeza visual; ayudas en baja visión y adaptación de prótesis oculares externas.

– E.4 Ortopedias: establecimientos sanitarios donde, bajo la dirección técnica de personal con la titulación oficial, cualificación profesional, o experiencia requeridas conforme a la legislación vigente, se lleva a cabo la dispensación, con adaptación individualizada al paciente, de productos sanitarios de ortopedia considerados como prótesis u ortesis, así como ayudas técnicas destinadas a paliar la pérdida de autonomía o funcionalidad o capacidad física de los usuarios.

– E.5 Establecimientos de audioprótesis: establecimientos sanitarios donde, bajo la dirección técnica de personal con la titulación oficial, cualificación profesional o experiencia requeridas conforme a la legislación vigente, se lleva a cabo la dispensación, con adaptación individualizada al paciente, de productos sanitarios dirigidos a la corrección de deficiencias auditivas.

El lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión se define como establecimiento. En este caso se trataría de una industria o profesión sanitaria. Sin embargo, esta definición no aclara si su significado es idéntico al de centro sanitario. ¿Porqué? Esto es así, porque centros sanitarios lo son todos<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Vide Adolfo SERIGO SEGARRA y Pedro PORRAS ORÚE, *La planificación de la asistencia hospitalaria en España*, Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica, Madrid, 1966, pp. 94 y 95: «Pero, aunque el concepto de la Ley es claro, corresponde a las normas reglamentarias perfilarlo y desarrollarlo hasta su detalle más pequeño. De ahí que un concepto reglamentario de hospital haya de destacar los requisitos necesarios y, además, suficientes par que a un determinado *establecimiento* se le pueda atribuir el carácter le-

Cuando continuamos precisando el perfil jurídico de cada uno de ellos, aparece una categoría especial que son los establecimientos sanitarios (es lo que sucede cuando hablamos del todo y la parte, o del género y la especie). Es decir, son los centros, en los que concurren las características señaladas.

Así lo entiende la STSJ de Madrid, de 27 de mayo de 2010 (Ar. 298230), donde resuelve la controversia suscitada por la desestimación del recurso de alzada interpuesta contra la desestimación presunta de la autorización para la instalación de una consulta/gabinete de podología en la planta quinta del centro comercial “El Corte Inglés”, sito en la C/ Goya nº 76 de Madrid:

«La recurrente afirma que la actividad desarrollada por [...] es claramente un servicio sanitario o unidad asistencial y no la propia de un establecimiento sanitario como indica la resolución administrativa. [...]. Expresa que la definición de establecimiento sanitario que le atribuye la Administración no se ajusta a la actividad que desarrolla [...]. Sin embargo, la definición de servicio sanitario o unidad asistencial si se ajusta a su actividad. [...].

En contra de lo manifestado por la Comunidad de Madrid, esta Sala no admite que la actividad que desarrolla la actora sea la propia de un centro de ortopedia que efectivamente tiene la consideración de establecimiento sanitario –Anexo I Real Decreto 1277/2003– sino que es una consulta de podología regulada en el Anexo II del Real Decreto 1277/2003, como unidad asistencial».

Por eso la legislación estatal y autonómica los clasifica como centros, servicios o establecimientos sanitarios, intentando delimitar de alguna forma con mayor precisión el objeto de su regulación, aunque sin determinar su contenido. Una buena prueba de esta afirmación y de la dificultad que presenta esta categoría jurídica es la definición de establecimiento que se encuentra en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, art. 2.1.c): «conjunto organizado de medios técnicos e instalaciones en el que profesionales capacitados por su titulación oficial o habilitación profesional, realizan básicamente actividades sanitarias de dispensación de medicamentos o de adaptación individual de productos sanitarios». Concepto o definición casi

---

gal de hospital. En concordancia con lo prevenido en la ley, son tres los requisitos que han de tener los establecimientos para poderse titular hospitales: Primero: Tener como finalidad primordial la prestación de asistencia médica, quirúrgica o médico-quirúrgica. [...]. Segundo: Poser una capacidad de internamiento. [...]. Tercero: El tercer requisito es una condición formal impuesta por la Ley y que debe precisarse en el reglamento. [...].».

idéntico al de centro sanitario contemplado por esta disposición. Y además, tal como se recoge en el concepto de centro sanitario, los profesionales que están al frente de un establecimiento sanitario, también buscan el “fin de mejorar la salud de las personas”, que sería la expresión que haría esta definición idéntica a la de centro sanitario. Estas apreciaciones dan idea de lo poco acertada que resulta la definición de establecimiento sanitario que incorpora el Real Decreto estatal.

Por eso, en ocasiones, nos encontramos con supuestos como el contemplado en la STSJ de la Rioja, de 9 de noviembre de 2010 (ar. 58), FD TERCERO, donde la exigencia de un equipo de reanimación cardiopulmonar a un establecimiento de óptica, vulnera la normativa básica, y por tanto, procede a declararlo nulo de pleno derecho.

### 2.3. Actividad sanitaria.

Por último sería necesario definir que es una actividad sanitaria. El concepto de actividad es en sí un concepto vago. Sirvan las siguientes palabras para intentar precisar algo más su contenido<sup>23</sup>:

«La acepción más amplia de cuantas se refieren al obrar humano es la de comportamiento, comprensiva, [...], tanto del hacer como del soportar, según las circunstancias.

La actividad que asumiría el segundo escalón en sentido descendente, queda, en nuestro entender, limitada al hacer, y no comprende, por tanto, el soportar; supone ya algo efectivo frente a lo meramente potencial: traducir en movimiento facultades preexistentes.

Jurídicamente, tal actividad se sustancia en la consideración de un conjunto de actos y operaciones, unificados en el plano funcional por la unicidad del fin perseguido.

---

<sup>23</sup> Vide Manuel MARTÍN GONZÁLEZ, *Sanidad pública: concepto y encuadramiento*, Vol. III, Madrid, 1970, pp. 816-820. En las pp. 828 y 829, precisa: «A veces esa proyección de las actuaciones de la Administración hacia sus propios fines [...] se ha calificado –acaso con mayor rigor– con el nombre de acción, con el que resultaría ese “entender de la Administración hacia fines concretos”.

Por nuestra parte, no creemos que exista inconveniente en usar indistintamente ambos términos como se hace en este trabajo, pese a que un acreditado sector doctrinal considera la acción, en una significación más estricta, como una de las fases de actuación del acto».

La caracterización de tales “operaciones” o “actuaciones” no es, sin embargo, uniforme. Prescindiendo de la discutida adscripción a la categoría de los hechos jurídicos o de los actos por tales operaciones, cuyo concepto ha sido elaborado por la Teoría general del Derecho, se pueden entender, según los autores, cosas diversas. O bien simples modificaciones de la realidad, o bien tanto “materializaciones de la voluntad directamente modificativas de la realidad” como “pronunciamientos (resoluciones) precedidos por otros actos relevantes”, o bien un conjunto de actos conectados entre sí, “con el fin de servir cada uno como presupuesto del siguiente para un mismo resultado práctico, pero sin constituir el conjunto ejercicio de una función”.

Obviamente, el acto puede distinguirse de la actividad, en cuanto “lo hecho” se distingue “del hacer”; la “obra”, “del trabajo”. Pero no se puede olvidar que el acto –desde el que se viene estudiando tradicionalmente la actividad– “está constituido por una infinidad de momentos parciales que, en la realidad, sólo se destacan un poco menos claramente que el acto mismo” [...]; la actividad se refiere tanto a la obra como al trabajo, tanto al acto como al conjunto de operaciones o actuaciones que lo han hecho posible.

En cualquier caso, dichas operaciones concurren a determinar el concepto de actividad, en cuanto constituyen –al igual que las declaraciones– el momento de actuación del acto [...].

Consistiendo la actividad en actos y operaciones, y dada la predicada instrumentalidad de éstas respecto a aquéllos, se hace preciso señalar las condiciones que deben concurrir para que el conjunto de una serie de actos y operaciones se considere por el ordenamiento como tipo de actividad autónoma e independiente. [...].

Es pues, esta valoración funcional, y en cuanto tal teleológica, y no la subjetiva u orgánica, la que unifica aquellos y éstas, individualizando la actividad por esa proyección de todos ellos al mismo y único resultado y proporcionado a la vez el criterio que permite en cada caso reconducir a la normativa de la actividad cada uno de los actos».

Por tanto la actividad sanitaria consiste en un “hacer”, es decir, traducir en movimiento facultades preexistentes (otorgadas de modo expreso mediante una autorización a la(s) persona(s) física(s) o jurídica(s) que es/son titular(es) o ejerce(n) en el centro, servicio o establecimiento) y por tanto ejecuta actos y

operaciones que forman parte de las prestaciones asistenciales de carácter sanitario declaradas en la memoria descriptiva, para conseguir el fin para el que fue autorizado.

El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, en su art. 2.1.d) define la actividad sanitaria como: «conjunto de acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, dirigidas a fomentar, restaurar o mejorar la salud de las personas realizadas por profesionales sanitarios».

#### IV. LAS CLASES DE CENTROS, SERVICIOS O ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS Y SU RELACIÓN CON LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES SANITARIAS TITULADAS

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, profesión es el “empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente”. La Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias determina en el preámbulo: «El concepto de profesión es un concepto elusivo que ha sido desarrollado desde la sociología en función de una serie de atributos como formación superior, autonomía y capacidad auto-organizativa, código deontológico y espíritu de servicio, que se dan en mayor o menor medida en los diferentes grupos ocupacionales que se reconocen como profesiones. A pesar de dichas ambigüedades y considerando que nuestra organización política sólo se reconoce como profesión existente aquélla que está normada desde el Estado, los criterios a utilizar para determinar cuales son las profesiones sanitarias, se deben basar en la normativa preexistente. Esta normativa corresponde a dos ámbitos: el educativo y el que regula las corporaciones colegiales. Por ello en esta Ley se reconocen como profesiones sanitarias aquellas que la normativa universitaria reconoce como titulaciones del ámbito de la salud, y que en la actualidad gozan de una organización colegial reconocida por los poderes públicos. Por otra parte, existe la necesidad de resolver, con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión. Por ello en esta Ley no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de una forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesiones, y que las praxis cotidianas de los profesionales en organizaciones crecientemente multidisciplinares evolucionen de forma no conflictiva, sino cooperativa y transparente».

En consecuencia el número de profesiones susceptibles de ser ejercidas es, en principio muy amplio, y a ello se refiere el derecho a la libre elección de profesión u oficio consagrado en el art. 35.1 de nuestra Constitución y directamente entroncado con el principio general *pro libertate*, consagrado en el art. 1.1. de nuestra Carta Magna. Este principio, tal y como ha señalado la STC 83/1984, de 24 de julio «autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordina a requisitos o condiciones determinadas». También debo señalar que las profesiones son susceptibles de clasificarse en *libres*, es decir, no se exige ninguna cualificación formal y *titulada*, dicho de otro modo, aquellas cuyo ejercicio está legalmente subordinado a la posesión de títulos concretos. El concepto constitucional de profesión titulada queda, circunscrito a aquella profesión «para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente título oficial» (STC 111/1993, de 25 de marzo), es decir, sólo la pueden ejercer quienes están en posesión de concretos títulos académicos (STC 83/1984), o, lo que es lo mismo, a «la posesión de estudios superiores, ratificados por el oportuno certificado, diploma o licencia (STC 42/1986, de 10 de abril)<sup>24</sup>.

Tal y como advirtió el TS<sup>25</sup> y con posterioridad el TC<sup>26</sup>, es necesario distinguir entre la regulación de la profesión sanitaria y la regulación del centro o establecimiento o la clasificación de los mismos que en su caso pudiera esta-

---

<sup>24</sup> Vide Miguel HERRERO de MIÑÓN y Juan FERNÁNDEZ del VALLADO, *Especialización y profesión médica. La garantía constitucional de las profesiones tituladas y la especialización médica según la jurisprudencia*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 25 y 26.

<sup>25</sup> Vide STS de 10 de abril de 1990 (Ar. 3638).

<sup>26</sup> Vide STC 158/1992, de 28 de mayo: «[...] Todos los argumentos avanzados por la parte recurrente se apoyan en una identificación entre el ejercicio de la profesión farmacéutica y el establecimiento de oficinas de farmacia que no es aceptable. Los farmacéuticos pueden ejercer su profesión de modos distintos a la dispensación al público de medicamentos de uso humano; y también pueden dedicarse a esta última clase de actividad en los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud, y de otros establecimientos legalmente autorizados para ello, de acuerdo con la Ley General de Sanidad de 1986 y la Ley del Medicamento de 1990. Cuestión distinta es que las oficinas de farmacia, junto con los servicios que se incardinan en las estructuras asistenciales mencionadas antes, ostenten el monopolio legal para custodiar, conservar y dispensar medicamentos; y también, que exista una íntima relación entre la titularidad de una oficina de farmacia y el ejercicio por cuenta propia de la profesión, en su vertiente de venta al público de productos medicinales, cimentado en que sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios de oficinas de farmacia. Pero el que, de acuerdo con la legislación vigente en España, los farmacéuticos deseen establecerse por su cuenta para dispensar medicamentos al público deban adquirir una farmacia, o abrir una nueva, no permite confundir su derecho a ejercer la profesión, que les otorga su título profesional y les reconoce con carácter general el artículo 88 de la Ley General de Sanidad, con el derecho que ha sido objeto del litigio ante los Tribunales contencioso-administrativos, y del que dimana el presente recurso de amparo: el derecho a abrir una oficina de farmacia».

blecerse. Respecto a la regulación de la profesión sanitaria, debemos remitirnos al artículo 36 CE, Ley de Colegios Profesionales, y a la regulación autonómica de aquellas Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de Colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas, conforme a la legislación general<sup>27</sup>, modulada en la STC 3/2013, de 17 de enero, F.J. Octavo:

«[...] La colegiación obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones constituye, en definitiva, un límite que se impone al contenido primario del derecho del art. 35.1 CE por ser un requisito necesario para su ejercicio, es también como acabamos de señalar, un límite esencial en la medida en que su exigencia supone la excepción, para quienes eligen una determinada profesión, del derecho fundamental de asociación en su vertiente negativa y, finalmente, resulta imprescindible pues, no se garantizaría el ejercicio del derecho del art. 35.1 CE en condiciones de igualdad, si el resultado del juicio que necesariamente debe realizarse a la vista de los concretos intereses públicos que concurren en cada caso, en cada profesión, y la obligación de elegir la alternativa menos gravosa entre las permitidas en el art. 36 CE, fuera distinta dependiendo del lugar de establecimiento o de prestación.

En conclusión, el inciso impugnado, al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de Colegios Profesionales, tal y como se razonó en el Fundamento Jurídico 6 de esta resolución. Siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria, lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que pueden verse afectados, motivo por el cual debemos declarar que el inciso impugnado ha vulnerado las competencias estatales y, por tanto, su inconstitucionalidad».

---

<sup>27</sup> *Vide* STS de 18 de octubre de 1989 (Ar. 7411), F.D.: «Tercero. [...] La libertad de ejercicio de la profesión como derecho constitucional consagrado vincula a todos los poderes públicos (art. 9.1) y es un precepto directamente aplicable (art. 53.1) como, por otra parte tiene reconocido nuestro Tribunal Constitucional en todas las sentencias que ha dictado hasta el momento. [...] Pero es que, además el derecho a la libertad de ejercicio profesional de los médicos-facultativos está perfectamente reglamentado en la Ley General de la Seguridad Social, y en otras disposiciones como ahora se dirá.

Es necesario señalar que la igualdad en el ejercicio de la profesión<sup>28</sup> debe ser considerada desde la doble óptica: activa (igualdad de prestación del ejercicio profesional frente a los ciudadanos) y pasiva del ejercicio profesional (igualdad de los profesionales). Así se indica en el fundamento 4º de la STS de 21 de septiembre de 1999, ponente: Xiol Ríos:

«En principio el carácter ligado al ámbito o repercusión nacional parece que puede ser proyectado sobre aquellos aspectos en los que concurren especiales exigencias de igualdad entre todos los profesionales que ejerzan en España una determinada profesión, por lo que debe dirigirse en primer término la mirada sobre aspectos generales de organización, regulación y deontología profesional en los que pueda apreciarse tal aspecto pasivo o de igualdad de trato de los profesionales, como en el aspecto activo o de igualdad de prestación del ejercicio profesional frente a los ciudadanos a los que se refiera».

El RD 1277/2003, establece en su exposición de motivos que «la finalidad de este real decreto es regular las bases del procedimiento de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, establecer una clasificación, denominación y definición común para todos ellos, y crear un Registro y un Catálogo General», en desarrollo de lo previsto en los arts. 29.1 y 2 y 40.9 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y el art. 26.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Se indica que las clasificaciones, denominaciones y definiciones contenidas en esta disposición constituyen los criterios generales para proceder, en desa-

---

Cuarto. Una manifestación de la libertad de ejercicio profesional es, en el ámbito de la libertad de los médicos, el de prescripción. Si hemos dicho que como tal derecho está consagrado en la Constitución, siendo de aplicación directa, sin necesidad de norma legal que lo desarrolle o perfeccione, como tal derecho igualmente está reconocido en la Ley General de la Seguridad Social. Así, el artículo 106 de la misma, que establece que “los facultativos encargados de los servicios sanitarios de este régimen general podrán prescribir libremente las fórmulas magistrales y las especialidades farmacéuticas reconocidas por la legislación sanitaria vigente que sean convenientes para la recuperación de la salud de sus pacientes. [...]”.

Séptimo. Por último, debe subrayarse que una cosa es controlar e inspeccionar la labor del médico de la Seguridad Social y otra muy distinta es ordenar como debe ejercer el médico su profesión al valorar si ha prescrito de forma idónea. Porque la idoneidad o no del médico para prescribir, diagnosticar o fijar el tratamiento del enfermo, constituye una esfera del contenido esencial de su derecho a ejercer libremente la profesión, en la que no puede entrar la Administración por la vía de dictar actos, resoluciones, circulares o instrucciones».

<sup>28</sup> Vide STS de 25 de junio de 2001 (Ar. 8749), F.D. Quinto y Séptimo, donde se desarrolla el contenido del principio general de unidad de la profesión médica.

rrollo del art. 27.3 de la Ley 16/2003, a la determinación, con carácter básico, de las garantías mínimas y comunes de seguridad y calidad exigibles por las Comunidades Autónomas para autorizar la apertura y puesta en funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, y añade, que no tiene el propósito de ordenar las profesiones sanitarias, ni limitar las actividades de los profesionales, sino sentar las bases para las garantías de seguridad y calidad de la atención sanitaria, previsión que se plasma en el art. 1.4 cuando señala que las disposiciones de este real decreto serán de aplicación sin perjuicio de las funciones y competencias profesionales que para el ejercicio de las profesiones sanitarias y la realización de las actividades profesionales correspondientes vengán establecidas por la normativa vigente.

Y todo ello en un contexto de progresiva consideración de la multidisciplinariedad de los equipos profesionales en la atención sanitaria, como uno de los principios del ejercicio de las profesiones sanitarias tal y como determina la Ley 44/2003, art. 4.7.e). Es más, el art. 9, contempla el trabajo en equipo, señalando que la atención sanitaria integral supone la cooperación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial, y evita el fraccionamiento y la simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialistas, contemplando también en el art. 10 la gestión clínica de las organizaciones sanitarias, considerando como funciones de gestión clínica, entre otras, las relativas a la jefatura o coordinación de unidades y equipos sanitarios y asistenciales<sup>29</sup>.

Pero, en modo alguno el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre o las disposiciones autonómicas sobre el particular, pueden introducir en la oferta asistencial de los centros sanitarios unidades asistenciales bajo la responsabilidad de personas con titulación oficial o habilitación profesional que, aun cuando no tengan la consideración legal de profesiones sanitarias tituladas y reguladas, en el sentido previsto en el art. 2.1 de la Ley 44/2003, lleven a cabo actividades sanitarias vinculadas con el bienestar y salud de las personas en centros que tengan la consideración de sanitarios. Así lo ha establecido la SAN de 26 de septiembre de 2007 (Ar. 664), al enjuiciar la Orden SCO/174/2006, de 29 de mayo, por la que se modifican los anexos del RD. 1277/2003, de 10 de octubre, y entendiendo que vulnera parcialmente el principio de legalidad, y

---

<sup>29</sup> Vide STS de 5 de julio de 2005, FD TERCERO: «Este carácter de la unidad de Nutrición y Dietética supone, de una parte, que el contenido funcional de la unidad asistencial que se encarga de su prestación no puede identificarse con las funciones específicas de una única profesión y especialidad sanitaria y que, como consecuencia, la unidad ha de dotarse con profesionales pertenecientes a las distintas profesiones sanitarias conformando un equipo multidisciplinar».

por tanto, decreta su nulidad<sup>30</sup>, y la STS de 19 de julio de 2007 (Ar. 6882) al determinar «[...] el Decreto 252/2000 de la Junta de Galicia ni ha regulado una profesión, ni menos ha determinado cuando una profesión debe pasar a ser profesión titulada, sino que se ha limitado a establecer las condiciones y requisitos para el funcionamiento de un laboratorio de análisis clínicos, sin incidir además para nada en la posibilidad de que los Biólogos puedan o no realizar análisis clínicos»<sup>31</sup>.

## V. LA RAZÓN DE INTERÉS GENERAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA [SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (GRAN SALA) DE 10 DE MARZO DE 2009]

### 1. Status quaestionis.

La asistencia sanitaria es una necesidad central y básica de todos los ciudadanos de la Unión Europea. Sin una asistencia sanitaria satisfactoria, las libertades fundamentales dentro de la Unión pueden verse rápidamente restringidas. Los sistemas sanitarios deben hacer frente a un constante aumento de la demanda de prestaciones, responder a necesidades sanitarias cambiantes y estar preparados para crisis mayores de salud pública. Y todo ello en un contexto de expectativas que presuponen una alta calidad de las prestaciones sanitarias. Se trata de un sector económico que utiliza mucha mano de obra, que proporciona uno de cada diez empleos de la masa laboral europea y destina un promedio del 70% de los gastos sanitarios a salarios y remuneraciones.

---

<sup>30</sup> Vide STS de 2 de febrero de 2010 (Ar. 3219), FD CUARTO: «En consecuencia este motivo de casación debe ser desestimado pues dentro del concepto de “profesiones sanitarias tituladas” de la Ley 44/2003, no comprende a los licenciados en Psicología dentro de la especialidad de Psicología Clínica». Vide Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE de 5 de octubre), Disposición Adicional séptima, que regula la psicología en el ámbito sanitario (psicólogo general sanitario).

<sup>31</sup> Vide STS de 14 de mayo de 2007 (Ar. 5849), FD NOVENO: «Tampoco es cierto que la aceptación de lo regulado en la Unidad Asistencial 101 suponga quebrar el principio de autorización administrativa y convierta en meramente discrecional la habilitación para el ejercicio de las llamadas “terapias no convencionales”. Lo que el apartado correspondiente supone no es otra cosa que la consideración del ejercicio terapéutico por medios no convencionales (acupuntura, homeopatía y similares), atribuyendo a un profesional licenciado en medicina la responsabilidad de la corrección del tratamiento empleado, sin alterar ni suponer titulaciones o capacidades para el ejercicio de esa terapia no convencional, ni trazar pautas para su ejercicio».

La Unión Europea tiene una gran preocupación por el personal y la carga de trabajo en el sector sanitario. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre el personal sanitario Europeo» [COM(2008) 725 final] (2009/C 317/20), lo explicita<sup>32</sup>.

El Libro Verde se concentra en los ámbitos clave: cambio demográfico, capacidades del sector sanitario, formación, gestión de la movilidad y fuga de cerebros de la UE, migración mundial del personal médico, datos de que se dispone como base para la adopción de decisiones, introducción y difusión de nuevas tecnologías para el aumento de la eficiencia y mejora de la calidad asistencial, refuerzo del principio de trabajo por cuenta propia, política de cohesión.

El principio de primacía del derecho comunitario se materializa en el respeto de los derechos y libertades que lo presiden. Una muestra del contexto en el que se debate el sector, lo constituye la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 10 de marzo de 2009 (TJ-CE/2009/50).

---

<sup>32</sup> *Vide* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre el personal sanitario europeo» [COM(2008) 725 final], Conclusiones y recomendaciones del Comité:

«El CESE considera que se deben adoptar medidas que hagan atractivas para los jóvenes las profesiones sanitarias, con el fin de que aumente el número de vocaciones hacia ellas.

El CESE recomienda que se creen suficientes capacidades de personal sanitario, para hacer frente a las necesidades de atención y reforzar la capacidad de cribado, promoción de la salud y prevención de enfermedades.

La emigración indeseada de personal sanitario hacia otros países puede contrarrestarse también, a juicio del CESE, aumentando los salarios y mejorando las condiciones laborales, en su caso con nuevas responsabilidades. Nuevas responsabilidades suponen cualificaciones acorde con ellas, algo que, en líneas generales, aumentaría también el atractivo del sector. [...].

El CESE destaca el importante papel de las profesiones liberales en el sector sanitario, junto al núcleo central de este sector, constituido por los hospitales y los servicios públicos de salud, porque es especialmente gracias a ellas como se puede garantizar en condiciones de competencia y seguridad la relación asistencial o de tratamiento. Los profesionales liberales del sector sanitario han recibido una formación altamente cualificada gracias al esfuerzo de la sociedad civil de los Estados miembros a favor de la enseñanza pública. Los miembros del CESE, que representan esta sociedad civil, contemplan con preocupación el deseo de la Comisión de fomentar que el personal sanitario oriente el ejercicio de su actividad como profesión liberal. Al mismo tiempo, el CESE manifiesta su preocupación por la tendencia creciente al ejercicio de la falsa actividad por cuenta propia allí donde, por el tipo de actividad ejercido, resulta problemática (por ejemplo, en la asistencia a los enfermos y personas mayores)».

## 2. Litigios principales y cuestiones prejudiciales.

Mediante decisión de 29 de agosto de 2001, se denegó la solicitud de autorización para abrir un centro sanitario privado consistente en una policlínica dental, en el distrito 21 de Viena, presentada por una sociedad con domicilio en Alemania. El órgano administrativo se basó en un determinado precepto legal (art. 4 de la Wr. KAG) y en un informe emitido por un experto de la Administración en materia médica. Según dicho informe, «los servicios odontológicos estaban suficientemente cubiertos en Viena por los centros sanitarios públicos, los centros privados de utilidad pública y los demás médicos concertados que ofrecen servicios comparables». Se había hecho esta apreciación sobre la base de la relación entre el número de habitantes y el número de profesionales de la odontología, el cual era de 2.207 habitantes por cada profesional. Por tanto, la apertura de este nuevo centro, no produciría el efecto de acelerar, intensificar o mejorar de forma sustancial los cuidados médicos en materia dental de los pacientes domiciliados en Viena y, en consecuencia, no existía ninguna necesidad que justificara tal apertura.

Por razones análogas, mediante decisión de 20 de septiembre de 2006, se denegó la solicitud de autorización presentada por la misma entidad mercantil para abrir una policlínica dental en Wels. Se efectuó el examen de dicha solicitud sobre la base del tiempo de espera comprobado para obtener una cita con los prestadores existentes, incluidos aquellos servicios de asistencia ambulatoria de los centros sanitarios.

La sociedad peticionaria interpuso un recurso contra cada una de dichas decisiones<sup>33</sup>, se decidió la acumulación de ambos procedimientos, y el órgano jurisdiccional se plantea un interrogante sobre la compatibilidad de las normas

---

<sup>33</sup> Vide Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 10 de marzo de 2009, apartados: «23. En la vista el Gobierno austriaco cuestionó la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial sosteniendo que Hartlauer (la mercantil solicitante) se fundó de una manera abusiva en las normas de Derecho comunitario. Señaló que, en el presente asunto, el vínculo transfronterizo fue en efecto establecido artificialmente ya que, según parece, Hartlauer es la filial de una sociedad austriaca que, según alegó, tiene la intención de establecerse nuevamente en Austria y que constituyó dicha filial con la única finalidad de hacer que su situación estuviera comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

24. A este respecto, es preciso recordar que corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y que han de asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse apreciar, a la luz de las peculiaridades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la integración del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio obligado a pronunciarse [...].

nacionales controvertidas en el asunto principal relativas a la definición de las necesidades en materia de apertura de centros sanitarios, con el art. 43<sup>34</sup> CE, así como sobre la influencia en dicha compatibilidad de la circunstancia de que, en la apreciación de tales necesidades, se tenga en consideración la asistencia ofrecida por los servicios de atención ambulatoria de determinados centros sanitarios, lo cual, en principio, tiene por efecto hacer aún más difícil el acceso de un nuevo candidato al mercado de referencia.

Las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia, son las siguientes:

«1) ¿Se opone el artículo 43 CE (en relación con el artículo 48<sup>35</sup> CE) a la aplicación de una norma nacional, en virtud de la cual para la apertura de un centro sanitario privado consistente en una policlínica dental autónoma (policlínica dental) es necesaria una autorización, la cual debe ser denegada cuando, teniendo en cuenta el objeto del centro indicado en la solicitud y los servicios que se prevé que preste, a la luz de la atención que ya prestan los médicos concertados que ejercen libremente su profesión, las instalaciones pertenecientes a las cajas de enfermedad y las instalaciones concertadas, así como los “Dentisten” concertados, no existe ninguna necesidad de abrir esa policlínica dental?»

---

25. El Tribunal de Justicia no puede negarse a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional más que cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma de Derecho comunitario, solicitadas por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o cuando el problema es de naturaleza hipotética [...]».

<sup>34</sup> *Vide* Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 49 (antiguo artículo 43 TCE): «En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales».

<sup>35</sup> *Vide* Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 54 (antiguo artículo 48 TCE): «Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

2) ¿Influye de alguna manera en la respuesta a la primera cuestión el hecho de que la comprobación de la necesidad deba, además, tomar en consideración la asistencia ofrecida por los servicios de atención ambulatoria de los centros sanitarios públicos, de los centros privados de utilidad pública y de los demás centros sanitarios concertados?».

### **3. Petición de autorización de un centro o establecimiento sanitario y libre prestación de servicios.**

3.1. Un supuesto de interés: sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de junio de 2010.

La Comisión Europea, en su afán liberalizador puso en práctica la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE n° L 376, de 27 de diciembre de 2006), denominada coloquialmente Directiva Bolkestein (hace referencia al entonces comisario encargado del mercado interior europeo)<sup>36</sup>. Su transposición al derecho español se ha realizado a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, a través de diversas normas estatales y autonómicas, dentro de las que destaco la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley ómnibus).

La propia Directiva, en el apartado 2, establece la consecución de los siguientes objetivos:

---

<sup>36</sup> Vide José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA, “De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la Directiva de Servicios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, (2010), pp. 2-3, donde resume los propósitos de la Directiva de Servicios en torno a tres pilares fundamentales: «En primer lugar, la regla general de limitación de la intervención administrativa previa ensamblada con el principio de proporcionalidad. Se pretende la drástica restricción del régimen de autorizaciones, pues sólo se admite de forma excepcional cuando sea indispensable debiendo superar, previa evaluación, el triple test de no discriminación, necesidad justificada por una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad. En segundo lugar, los procedimientos autorizados deben ser predeterminados, adecuados, objetivos y no excesivamente onerosos. Y en tercer lugar, se fijan criterios de autorización que determinan la potestad de otorgamiento para evitar su ejercicio arbitrario y las autorizaciones tienen alcance nacional e indefinido y están sujetas en caso de restricción a exigencias de publicidad y concurrencia, con una lista negra de requisitos prohibidos y una lista gris de requisitos por evaluar para verificar su compatibilidad con las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad».

«Un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros»<sup>37</sup>.

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, art. 14, y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, art. 10, establece:

«En ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente: a) Requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, incluido que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente, o el domicilio social; y en particular: requisito de nacionalidad o de residencia para el prestador, su personal, los partícipes en el capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión; b) Prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros; c) Limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio español, o limitaciones de la libertad de elección entre establecimiento en forma de sucursal o de filial; d) Condiciones de reciprocidad con otro Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento, con excepción de las previstas en los instrumentos comunitarios en materia de energía; e) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o precedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requi-

---

<sup>37</sup> Vide: Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, "Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsable en la transposición de la Directiva de Servicios", *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 11, (2010), p. 261; Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ, "En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14, (2008), p.137; Helena VILLAREJO GALENDE, "La simplificación administrativa en la Directiva de Servicios en el mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14, (2008), pp. 47-82.

sitos de planificación económica; f) Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, como autoridades competentes, en el ámbito de las competencias que les otorga la Ley. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales, pero esa prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o de los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general; g) Obligación de que la constitución de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo establecido en el territorio español; g) Obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros de prestadores existentes en el territorio español o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio».

No debemos olvidar la importancia de los servicios en el seno de la Unión Europea y en el ámbito español, pues tal y como determina el Preámbulo de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE de 24 de noviembre, núm. 283), es: «el sector más importante, tanto de la economía europea como de la española, en términos económicos y de empleo y el que ha experimentado un mayor desarrollo en los últimos años».

Pero, esta disposición no puede aplicarse al ámbito de los servicios sanitarios. Su preámbulo, considerando 22, determina: «La *exclusión* de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la presente Directiva *debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos* prestados por profesionales de la salud a los pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se preste el servicio». El art. 2.2.f) de la Directiva excluye «los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado».

Sin embargo, su art. 15, exige a los Estados miembros un examen de la existencia de trabas específicas: límites cuantitativos y territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores.

En este contexto, la Comisión Europea ha propugnado una política liberalizadora, por ejemplo en materia de establecimiento de farmacias<sup>38</sup>, que se ha materializado en la incoación de distintos procedimientos por incumplimientos abiertos contra varios Estados miembros:

«En los últimos tres años los esfuerzos por liberalizar lo más posible el sector de las oficinas de farmacia se han concretado en varios procedimientos administrativos por incumplimiento, algunos de los cuales han acabado ante el Tribunal de Justicia. Se trata de una estrategia que la Comisión Europea ha desarrollado hasta 2008, cuando mostraba su intención de continuar los procedimientos por incumplimiento a través de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios en distintos ámbitos del mercado interior, citando expresamente los relativos a la movilidad de los pacientes y el reembolso de los costes médicos, el establecimiento de farmacias, etc. Al mismo tiempo la Comisión Europea se ha propuesto perseguir las violaciones más groseras del art. 43 del Tratado CE, que consagra el derecho de establecimiento, y del art. 49 del Tratado CE, relativo a la libre prestación de servicios, en relación con los servicios de salud y lo que la Comisión denomina “las discriminaciones patentes en el sector de las farmacias”»<sup>39</sup>.

Estos Estados han sido: Italia<sup>40</sup>, Austria<sup>41</sup>, Alemania<sup>42</sup>, Portugal<sup>43</sup> y España<sup>44</sup>. En ningún caso se ha decretado por la jurisprudencia que el régimen jurídico vigente fuese contrario al Derecho comunitario<sup>45</sup>.

---

<sup>38</sup> Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Ordenación farmacéutica y libertad de establecimiento en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 321, (2011), pp. 117-136. Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Reconocimiento del título de farmacéutico especialista en la Unión Europea: farmacia hospitalaria [Comentario a la STJCE (Sala 2ª) de 8 de mayo de 2008]”, *Noticias de la Unión Europea*, 306, (2010), pp. 105-117.

<sup>39</sup> Vide David ORDOÑEZ SOLÍS, “La regulación española de las oficinas de farmacia en el contexto del mercado único a la luz de la jurisprudencia europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 10, (2009), p. 19.

<sup>40</sup> Vide Comisión Europea, IP/06/858, Bruselas, 28 de junio de 2006. El procedimiento por incumplimiento lo interpuso la Comisión Europea ante el Tribunal de Justicia el 22 de diciembre de 2006. A juicio de la Comisión las normas italianas relativas a las farmacias son incompatibles con la libertad de establecimiento (art. 43 CE) y la libre circulación de capitales (art. 56 CE). Vide Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 19 de mayo de 2009.

<sup>41</sup> Vide Comisión Europea, IP/06/858, Bruselas, 28 de junio de 2006. En términos similares al caso de Italia, la Comisión Europea adoptó en junio de 2006 un dictamen motivado contra Austria al apreciar la incompatibilidad de las restricciones legislativas relativas a las farmacias con la libertad de establecimiento garantizada por el art. 43 del Tratado CE.

Ante esta situación, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de junio de 2010 determinó que los riesgos para la salud pública y el equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social<sup>46</sup>, permiten a los Estados de la Unión Europea imponer serias restricciones a la comercialización de medicamentos.

En los últimos años se han planteado dos interrogantes fundamentales. Primero, si la reserva de su venta al por menor, en principio, exclusivamente a los farmacéuticos, debido a las garantías que éstos deben presentar y a la información que deben ser capaces de proporcionar al consumidor, vulnera o no el derecho comunitario. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 19 de mayo de 2009, entiende que no, y por tanto reserva la titularidad y la explotación de las farmacias exclusivamente a quienes tengan la condición de farmacéutico, sin que exista vulneración del derecho de establecimiento, ni de la libre circulación de capitales.

---

<sup>42</sup> Vide Comisión Europea, IP/08/1352, Bruselas, 18 de septiembre de 2008. En este caso, en septiembre de 2008, seguía en la fase administrativa del procedimiento por incumplimiento y la Comisión Europea ya había emitido su dictamen motivado en el que cuestionaba la conformidad con el Derecho comunitario del régimen de propiedad de las farmacias. A juicio de la Comisión, Alemania debe derogar la prohibición para los no farmacéuticos de poseer una farmacia y la prohibición dirigida a los farmacéuticos de poseer más de cuatro farmacias (una principal y tres sucursales). Asimismo, la Comisión Europea impugna ante el Tribunal de Justicia la legislación alemana que impone una proximidad entre la farmacia principal y sus sucursales. Se trata de medidas incompatibles con la libertad de establecimiento y no pueden ser justificadas por razones vinculadas a la protección de la salud.

<sup>43</sup> Vide Comisión Europea, IP/08/1352, Bruselas, 18 de septiembre de 2008. Para la Comisión Europea no es admisible desde el punto de vista del Derecho comunitario que la legislación portuguesa prohiba a las empresas comercializadoras de medicamentos poseer o gestionar farmacias; asimismo, la legislación portuguesa prohíbe la posesión de más de cuatro farmacias. Se trata, a juicio de la comisión Europea, de exigencias desproporcionadas respecto de la necesidad de garantizar la protección de la salud y tampoco son compatibles con la libertad de establecimiento.

<sup>44</sup> Vide Comisión Europea, IP/06/858, Bruselas, 28 de junio de 2006. La Comisión Europea hace girar su dictamen motivado en torno al carácter restrictivo de la normativa de planificación territorial y a la prohibición de la acumulación de farmacias.

<sup>45</sup> Vide José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA, "La reserva de la propiedad y la titulariza de las oficinas de farmacia a los farmacéuticos no es contraria al Derecho comunitario europeo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 777, (2009), pp. 7-11.

<sup>46</sup> Vide Antonio EZQUERRA HUERVA, "Acerca del blindaje comunitario de la reserva de la propiedad de las oficinas de farmacia a favor de los farmacéuticos [Consideraciones al hilo de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 2009 (asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07, y asunto C-531/06)]", *Revista de Administración Pública*, 180, (2009), pp. 268-271: «La desafortunada vinculación entre el régimen de titularidad de las farmacias y el coste público de la prestación farmacéutica».

El segundo interrogante, cuestionaba la existencia de un modelo que limita el número de autorizaciones (ordenación farmacéutica), y que por tanto puede vulnerar la libertad de establecimiento en base a criterios demográficos o geográficos, o que diseña modalidades de adjudicación con una baremación de méritos cuestionable, en base al régimen jurídico de la Unión europea. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de junio de 2010, se ha pronunciado sobre el particular, resolviendo las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Respecto de la primera, ha determinado, que, «no puede considerarse que la normativa controvertida en los litigios principales vaya más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido»<sup>47</sup>, y por tanto concluye declarando en el fallo, que «el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la controvertida, que impone límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias», en virtud de los módulos poblacionales y distancias mínimas expuestos. Esta es la primera conclusión que declara el fallo de la sentencia.

En relación con la segunda cuestión prejudicial planteada, el Tribunal falla que «el artículo 49 TFUE, en relación con el artículo 1, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, y el artículo 45, apartado 2, letras e) y g), de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, *debe interpretarse en el sentido de que se opone a criterios* (desigualdad de trato, privilegiar en el proceso de selección a los farmacéuticos autóctonos) *como los recogidos en los puntos 6 y 7, letra c), del anexo del Decreto 72/2001, de 19 de julio*, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, en virtud de los cuales se selecciona a los titulares de nuevas farmacias».

De este modo se cierra el círculo abierto en el año 2006 por la Comisión Europea. Los Estados de la Unión, en el ámbito de la salud pública, disponen de una esfera competencial infranqueable para las instituciones comunitarias, y por tanto, pueden ordenar y organizar sus servicios sanitarios –ordenación farmacéutica–, de la forma que estimen más conveniente. Ningún acto de aplicación de las libertades fundamentales establece normas de acceso a las actividades del ámbito farmacéutico destinadas a establecer las condiciones en las

---

<sup>47</sup> Vide STJUE (Gran Sala) de 1 de junio de 2010, apartado 112.

que se pueden crear nuevas farmacias en el territorio de los estados miembros. De este modo se permite la existencia de un régimen de liberalización o de normas más o menos restrictivas en los distintos países.

La distribución competencial española entre el Estado y las Comunidades Autónomas, permite a éstas disponer la regulación del acceso, explotación y transmisión de unos establecimientos –las farmacias– sanitarios y mercantiles. En todo caso, deben respetar el Derecho de la Unión imposibilitando la discriminación por razón de nacionalidad o por condicionantes que tienen que ver con el desarrollo del ejercicio profesional en una determinada zona geográfica, y haciendo posible el acceso y la promoción o mejora de los farmacéuticos titulados.

Desde el punto de vista formal, la argumentación es impecable. Desde el punto de vista material, es posible cuestionar un modelo seguro y fiable, en la medida en que las restricciones impuestas casan mal con el imparable proceso de liberalización que afecta a todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos europeos.

El modelo español puede modificarse. A corto plazo es difícil (la presión corporativa es extraordinaria), pero no existen problemas de fondo que imposibiliten un mayor y mejor acceso de los ciudadanos a esta prestación. El modelo comunitario, sustentado en el principio de subsidiariedad, concluye remitiendo a los operadores nacionales (ejecutivo, legislativo y judicial) la responsabilidad de una actividad, que de una u otra forma, seguirá estando en el punto de mira<sup>48</sup>. El legislador, contando con los actores principales, tiene la última palabra.

### 3.2. Autorización condicionada a la prestación ofrecida por los medios concertados.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 10 de marzo de 2009, el órgano jurisdiccional remitente pide,

---

<sup>48</sup> Vide David ORDÓÑEZ SOLÍS, “La regulación española de las oficinas de farmacia en el contexto del mercado único a la luz de la jurisprudencia europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 10, (2009), p. 30: «En suma y aun cuando los vientos de liberalización de y desregulación no soplen ahora con el brío de antes del inicio de la crisis económica, los intereses de unos y de otros, de gran trascendencia económica y social, harán que el sector farmacéutico y el régimen de las oficinas de farmacia esté en el punto de mira. Ahora bien, dentro del marco comunitario europeo y respetando los límites del Derecho de la Unión, corresponde a las autoridades nacionales –en España al legislador estatal y a los legisladores autonómicos– establecer finalmente el modelo de oficina de farmacia que nuestra sociedad requiere».

esencialmente, que se dilucide si los artículos 43 y 48 CE se oponen a unas disposiciones nacionales, como las controvertidas en el litigio principal, en virtud de las cuales es necesaria una autorización para abrir un centro sanitario privado consistente en una policlínica dental autónoma y por las que debe denegarse dicha autorización cuando, teniendo en cuenta la asistencia ya ofrecida por los médicos concertados, no exista necesidad alguna de abrir esa policlínica.

El Tribunal de Justicia ya ha declarado que cuando una normativa nacional sujete el desarrollo de una actividad a un requisito relacionado con las necesidades económicas o sociales de esa actividad, constituye una restricción dado que limita el número de prestadores de servicios<sup>49</sup>. En el supuesto que estoy estudiando, la normativa nacional supedita la apertura de un centro sanitario, a la expedición de una autorización administrativa previa. Establece, además, que esta autorización sólo puede concederse si “existe una necesidad” que justifique la apertura, a la luz de la asistencia que ya ofrecen, en particular, los médicos concertados. Esta normativa desanima a las empresas de otros Estados, e incluso les impide desarrollar sus actividades. Por tanto, parece claro que esta normativa constituye una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE, a pesar de la supuesta inexistencia de discriminación por razón de nacionalidad de los profesionales interesados.

Los gobiernos austriaco y noruego sostienen que la exigencia de autorización previa para la apertura de una policlínica dental autónoma está justificada por razones relacionadas con la protección de la salud pública. Alegan que dicho régimen garantiza un servicio médico de calidad, equilibrado y accesible a todos, y asegura el equilibrio financiero de la seguridad social por cuanto permite a los organismos de la misma controlar los gastos ajustándolos a las necesidades planificadas. Tal exigencia es indispensable para preservar las bases del sistema establecido por el legislador austriaco, el cual ha optado por dar prioridad a un sistema de prestaciones en especie, así como a los cuidados médicos de la población mediante estructuras financiadas con fondos públicos. Por tanto, los servicios de asistencia deben ser prestados principalmente por los médicos concertados. Si se permite la extensión incontrolada de la oferta mediante la creación de nuevas policlínicas dentales autónomas tendría consecuencias nefastas sobre la situación económica de dichos médicos y, también sobre el ac-

---

<sup>49</sup> *Vide*: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de septiembre de 2001 (TJCE 2001, 252), apartado 59 y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de junio de 2006 (TJCE 2006, 170), apartado 29.

ceso de los pacientes a los servicios médicos prestados por tales profesionales en el conjunto del territorio nacional, toda vez que, en cierta medida, las referidas policlínicas desalojarían a estos últimos del mercado.

El gobierno austriaco alega igualmente «que dichas limitaciones se imponen debido a que, en el sector de la salud pública, las Leyes que regulan ordinariamente el mercado sólo se aplican de forma muy limitada y que son frecuentes los defectos del mercado. Puntualiza que dicho sector no se rige concretamente por la Ley de la oferta y de la demanda. *Sostiene que la demanda es inducida por la oferta, de modo que un incremento de la oferta no implica una reducción de los precios, ni tampoco el reparto de un mismo volumen de prestaciones entre varios prestadores, sino un incremento del volumen de las prestaciones a precios constantes.* Infiere que, por lo tanto, un aumento incontrolado del número de prestadores de servicios médicos impone cargas incontrolables en los organismos de seguridad social. Alega que, no obstante, éstos no tienen ninguna posibilidad de promover una acción reguladora mediante una política de concertación, habida cuenta de que, aunque no propongan a los nuevos prestadores la forma de un convenio, están obligados a desembolsar, en el marco del sistema de reembolso de las cantidades anticipadas por el asegurado, sumas sensiblemente idénticas a las pagadas en el marco del sistema de prestaciones en especie. A su juicio, de ello resulta que de manera inmediata se pone en peligro la capacidad financiera del sistema de seguridad social.

A este respecto, debe recordarse que una restricción a la libertad de establecimiento, que es aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo»<sup>50</sup>.

Si no hay discriminación de nacionalidad, y la protección de la salud pública figura entre las razones de interés general que, en virtud del art. 46<sup>51</sup> CE,

---

<sup>50</sup> *Vide* Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 10 de marzo de 2009, apartados 43 y 44.

<sup>51</sup> *Vide* Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 52 (antiguo artículo 46 TCE): «1. Las disposiciones del presente capítulo (Capítulo II: Derecho de establecimiento) y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para la coordinación de las mencionadas disposiciones».

apartado 1, pueden justificar restricciones a la libertad de establecimiento, con esta medida se busca propiciar dos objetivos, a saber: contribuir a la consecución de un elevado grado de protección de la salud manteniendo un servicio médico y hospitalario de calidad, equilibrado y accesible a todos; se previene un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

Pero, el sistema planteado quiebra por dos motivos. En primer lugar, porque a diferencia de lo que ocurre con las nuevas policlínicas dentales, no somete el establecimiento de los consultorios de grupo a un régimen de autorización previa. En segundo lugar, porque un régimen de autorización previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que pueda privar de su eficacia a las disposiciones de Derecho comunitario, en particular, a las relativas a una libertad fundamental. El sistema debe basarse en criterios objetivos, conocidos de antemano, que garanticen su adecuación para establecer suficientemente los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades.

De este modo responde el Tribunal a la primera cuestión planteada, no siendo necesario en virtud de su contenido, responder a la segunda.

En todo caso, debo concluir esta colaboración manifestando la notable disparidad existente entre los sistemas de salud de los países de la Unión. La libertad de circulación de profesionales y el establecimiento de centros, servicios y establecimientos sanitarios, no es posible, alegando razones de interés general cuestionadas y cuestionables. Las restricciones son admisibles –según la doctrina jurisprudencial europea– en el ámbito de las oficinas de farmacia, y se mantiene una posición antagónica en centros como los que han sido objeto de análisis en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 10 de marzo de 2009.

Además de buenas palabras, necesitamos hechos. La consecución de la homogeneidad formal y material, están todavía lejos de ser alcanzadas. Queda mucho camino por recorrer.

# El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas

*Emilio Guichot*

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I.- EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO. II.- EL SENTIDO DE LA TRANSPARENCIA Y EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. III.- LA SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA Y LA “TORMENTA PERFECTA” QUE HA IMPULSADO FINALMENTE UNA CARRERA POR LA TRANSPARENCIA. IV.- ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY: LUCES Y SOMBRAS. MATERIALES PARA UN DEBATE. 1. Ámbito objetivo de aplicación. El entronque con la normativa sobre acceso a los archivos y sus aporías. 2. La naturaleza del derecho, la base competencial y los sujetos obligados. 3. La publicidad activa. 4. El objeto del derecho de acceso. 5. El titular del derecho. 6. Limitaciones. 7. En particular, las relaciones entre transparencia y acceso a la información y protección de datos personales. 8. Procedimiento y organización. 9. Garantías. 10.- Coda: el margen de actuación de las Comunidades Autónomas

## RESUMEN

El artículo analiza el actual proyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la información desde un punto de vista crítico y propositivo. Asimismo, estudia cuál es el margen de actuación que deja al legislador autonómico, referido fundamentalmente a la ampliación de la publicidad activa, a las disposiciones en materia de organización y a la configuración de una autoridad independiente de control.

Palabras clave: Transparencia, acceso a la información, comunidades autónomas

## ABSTRACT

The article analyzes the current draft law on transparency and access to information from a critical point of view and offers different proposals. It also examines the margin of decision for the regional legislature, referred to the extension of pro-active disclosure, internal organization and the establishment of an independent supervisory authority

Key words: Transparency, access to information, regions

## I. EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

El Gobierno aprobó el 23 de marzo de 2012 un primer Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno<sup>1</sup>, y el 18 de mayo, un segundo Anteproyecto, tras someter el primero a un procedimiento de consulta pública entre los días 26 de marzo y 10 de abril<sup>2</sup>. Entre uno y otro texto se introdujeron ligeras modificaciones como resultado de la propia iniciativa gubernamental, de algunas sugerencias recibidas a través del procedimiento de consulta pública, y por otras vías de debate e influencia, desde artículos de prensa hasta jornadas de estudio, conferencias, etc., que se han ido organizando en número considerable en este período, y que dan cuenta de la importancia que las Administraciones, los centros de estudio e investigación, los académicos y, en fin, la sociedad, dan a este proyecto. Al respecto, hay que hacer especial referencia a la promoción por parte del Gobierno de un Grupo de expertos en la materia, entre los cuales tengo el honor de encontrarme, en el seno del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, para su estudio y la

---

<sup>1</sup> <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm>

<sup>2</sup> Se formularon críticas desde diversos sectores a la no publicación de las sugerencias y opiniones de los ciudadanos. Posteriormente, el primer partido de la oposición, el PSOE, pidió acceso a las aportaciones ciudadanas antes de presentar las enmiendas. El Gobierno le remitió un denominado "Informe sobre la consulta pública electrónica del Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (puede consultarse en: <http://www.access-info.org/documents/105482716-Informe-del-Ministerio-de-Presidencia.pdf>). En él se informa de que la página web:

[www.leydetransparencia.gob.es](http://www.leydetransparencia.gob.es) tuvo un total de 78.107 visitas y se recibieron un total de 3.669 observaciones a través de ella y otras 14 por registro. El perfil de los participantes en la consulta fue diverso: junto a ciudadanos individuales participaron Administraciones Públicas, asociaciones profesionales, organizaciones activas en materia de transparencia y otros colectivos. Requerido acceso a los originales, la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes sugirió que la consulta se hiciera *in situ*, por el supuesto riesgo a una vulneración del derecho a la protección de datos que podría generar de lo contrario su remisión.

formulación de propuestas (entre los que tuve el honor de encontrarme), que, sin embargo, no llegó a ser reunido de forma conclusiva para formular propuestas o trasladar valoraciones antes del envío del Proyecto al Congreso de los Diputados. El Anteproyecto fue informado por la Agencia Española de Protección de Datos y por el Consejo de Estado (se trataba en este caso de un informe facultativo), si bien los informes permanecieron también sin publicidad oficial<sup>3</sup>. Asimismo, se han iniciado una serie de comparecencias de expertos ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados entre los que he tenido el privilegio de ser incluido.

Se trata de una iniciativa cuya importancia política y jurídica es difícil exagerar. Evidentemente, una Ley como ésta no cambia por sí sola una sociedad, si no va acompañada de una mejora en la ética pública (de gobernantes y gobernados) o, al menos, de garantías efectivas de su cumplimiento y de una voluntad ciudadana de conocimiento, participación y control. Pero, sin duda, una Ley de Transparencia es la ley más importante que puede aprobarse para lograr una mejor gestión, una mayor participación y, por ende, un menor grado de corrupción. Como le escuché recientemente al Presidente de la Comisión para la Transparencia de Chile, una buena gestión del propio cuerpo conduciría a llevar siempre una vida sana, pero no es casual que sea en primavera cuando se llenan los gimnasios, y en otoño cuando se despueblan: el sometimiento a la mirada ajena tiene claros efectos motivadores. O, en la frase clásica del Juez BRANDEIS, “se dice que la luz del sol es el mejor de los desinfectantes”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Puede encontrarse una denuncia de este hecho en: [http://www.eldiario.es/zonacritica/informes-ocultos-Ley-Transparencia\\_6\\_45905413.html](http://www.eldiario.es/zonacritica/informes-ocultos-Ley-Transparencia_6_45905413.html) con enlaces al informe de la Agencia Española de Protección de Datos en <http://es.scribd.com/doc/105484598/Informe-de-la-Agencia-de-Proteccion-de-Datos> y al del Consejo de Estado en <http://es.scribd.com/doc/105482040/Informe-del-Consejo-Estado-sobre-la-Ley-de-Transparencia>. Este último informe, por cierto, consideró que habida cuenta el contenido del Anteproyecto, se debió haber evacuado consulta al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado y al Ministerio de Defensa y dado audiencia a las Comunidades Autónomas y recabado el parecer del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en cuyo seno se había constituido un Comité de Expertos al que el Ministerio de la Presidencia encargó la elaboración de un informe sobre el anteproyecto que finalmente no fue evacuado y que hubiera aportado importantes elementos de juicio. Además, echó en falta la emisión de algún documento en el que resumiesen las observaciones formuladas por los distintos órganos, entidades y sujetos que intervinieron en la tramitación y se explicasen las razones por las que muchas de sus sugerencias no fueron atendidas. Finalmente, como se ha expuesto en la nota anterior, se hizo público un informe resumen de observaciones.

<sup>4</sup> Académicamente, por cierto, basta acudir a cualquier Manual de Derecho Administrativo, en especial anglosajón o escandinavo, para ver la importancia capital que para el Derecho público tiene esta materia y su peso cuantitativo en la disciplina.

## II. EL SENTIDO DE LA TRANSPARENCIA Y EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO<sup>5</sup>

La necesidad de transparencia de las actuaciones públicas se ha ido convirtiendo en una exigencia cada vez más insistente por parte de actores cualificados: estudiosos, periodistas, organizaciones no gubernamentales, etc. En las sociedades complejas de fines del segundo milenio y comienzos del tercero se ha ido generalizando la idea de que una sociedad democrática requiere que los ciudadanos, por sí mismos y a través de los medios de comunicación social, puedan conocer con la mayor amplitud cómo actúan los poderes públicos y, de ese modo, controlarlos, detectar los malos funcionamientos y mejorar así la calidad de la gestión pública. Se trata, además, de un tema que parece estar al margen de las diferentes ideologías políticas o mejor dicho, ser previo a ellas, en la medida en que conecta con la base misma que permite su expresión, esto es, con la democracia.

Los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública se encuentran entre los más desarrollados del mundo desde una perspectiva democrática. El movimiento fue liderado por los países escandinavos y por Estados Unidos y los países de su área de influencia anglófona. Entre finales de los setenta y principios de los noventa, se expandió entre los países latinos de la Europa occidental. A finales de los noventa y principios del siglo XXI hubo una auténtica eclosión y se generalizó la aprobación de leyes de transparencia y acceso a la información pública en los países de Europa occidental que aún carecían de ella, entre ellos, Reino Unido y Alemania; en los países de Europa y de Asia que se encontraban en la órbita o integrados en la Unión Soviética hasta la caída del muro de Berlín, incluida recientemente la propia Rusia, y en las restantes zonas de América Central y del Sur, Asia, África y Oceanía. A todas estas regulaciones nacionales, que se acercan al centenar, se le suman más del doble de normas subnacionales y la regulación de acceso a la información en poder de la Unión Europea y un instrumento regional europeo de especial importancia que ha estado muy presente en la redacción del Proyecto, el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, abierto a la firma de los Estados el 18 de junio

---

<sup>5</sup> Permitase la remisión a mis trabajos *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Global Law Press/Editorial Derecho Global, 2011, y “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, *Derecho Comparado de la Información*, enero-junio 2012, pp. 135-188, y la bibliografía en ellos citada.

de 2009, que establece un mínimo estándar europeo<sup>6</sup>. Puede decirse, pues, que se ha generalizado a nivel mundial la existencia de leyes de transparencia y acceso a la información. Los países política, social y económicamente más desarrollados actuaron como pioneros, pero, en la actualidad, países de todos los continentes se han sumado a este movimiento, con leyes en muchos casos más completas y actualizadas debido precisamente a su fecha de aprobación, mientras que en los países pioneros la inmensa mayoría de las leyes originales se han ido modificando, muy en especial para adaptarse a nuevas realidades, como la reutilización de la información pública y la aparición de las nuevas tecnologías de la información.

La expansión de este género de normas en los últimos años ha ido, en definitiva, asociada a la generalización de la democracia representativa. No obstante, en la mayoría de las ocasiones, ha debido concurrir una labor activa de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción de la transparencia; de las asociaciones de periodistas y de los medios de comunicación y, en un grado difícil de discernir, de la doctrina académica. Ni siquiera esos factores han sido siempre suficientes, pues se ha necesitado, las más de las veces, un impulso político nacido en contextos de crisis de legitimación democrática, sospechas de corrupción y debilidad gubernamental —el caso de Estados Unidos, y la “reactivación” de la Ley tras la crisis del *Watergate*, o de la Unión Europea, y la aprobación del Reglamento 1049/2001 como respuestas a una opinión pública especialmente crítica en relación con el oscurantismo, la corrupción y el déficit democrático de las instituciones son ilustrativos— o de nacimiento de nuevas democracias o de apertura gradual de regímenes opacos —véase la cronología de su expansión en Latinoamérica o Europa del Este o el resto del mundo. En definitiva, pese a que los análisis políticos y económicos muestran a las claras las virtudes de la transparencia, la historia muestra que en la mayoría de los países a la transparencia “se llega” frente a una reticencia inicial del que ejerce el poder y de las burocracias a someter su gestión a los focos del debate público informado. En todo caso, el resultado final de este proceso y de esta conjunción de factores ha sido la aceptación generalizada de la necesidad y la conveniencia de aprobar normas que garanticen y regulen el acceso a la información pública.

---

<sup>6</sup> La Exposición de Motivos del Anteproyecto afirma al respecto, aun sin nombrarlo, que éste “constituye un paso fundamental y necesario que se verá acompañado en el futuro con el impulso y adhesión por parte del Estado tanto a iniciativas multilaterales en este ámbito como con la firma de los instrumentos internacionales ya existentes en esta materia.”

### III. LA SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA Y LA “TORMENTA PERFECTA” QUE HA IMPULSADO FINALMENTE UNA CARRERA POR LA TRANSPARENCIA

A día de hoy, el derecho de acceso a la información pública está contemplado en el artículo 105.c) de la Constitución y desarrollado con carácter general en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyas deficiencias y lagunas (incluida la falta de regulación del procedimiento y de previsión de un órgano independiente de control) son ostensibles. No es de extrañar, en consecuencia, que esta regulación, defectuosa e introducida sin autonomía en una norma “burocrática”, haya pasado desapercibida y haya sido incapaz de generar una cultura de la transparencia, ni en los ciudadanos ni en la Administración. Falta, pues, una regulación básica y general digna de ese nombre como existe en todos los países homologables de nuestro entorno<sup>7</sup>.

Al igual que ocurriera en otros países, también en España han tenido que ser los impulsos de la sociedad en tiempos de una profunda crisis de confianza política, institucional y económica los que han colocado la transparencia en la agenda política de forma no sólo nominal sino efectiva. Se ha producido, en efecto, lo que podríamos calificar como la “tormenta perfecta de la transparencia”. Desde hace años, y en especial en los últimos tiempos, editoriales y artículos en medios de comunicación, de muy diferente signo, académicos y asociaciones y organizaciones no gubernamentales venían reclamando la necesidad de aprobar una Ley de acceso a la información. Esta demanda social comenzó a calar en algunos programas electorales, como ocurrió en el del PSOE para las elecciones generales de 2004 y 2008. Mediante la resolución número 33 aprobada tras el Debate sobre el Estado de la Nación de 2010, “sobre el derecho de libre acceso a la información pública”, el Congreso de los Diputados instó al Gobierno a presentar en el plazo máximo de un año un Proyecto de Ley, en el que de hecho, estaba trabajando, prueba de lo cual es que el lunes 16 de agosto de 2010 era portada del periódico generalista de mayor tirada en

---

<sup>7</sup> Junto con esta regulación, hay que mencionar 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 y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, aprobadas al calor de la necesidad de transponer sendas directivas comunitarias, así como normas sectoriales en materia de contratos, subvenciones, empleados públicos, e incluso sanciones administrativas que prevén diferentes supuestos de publicidad.

España, con gran despliegue en páginas interiores dando detallada cuenta de su contenido, la inminente (en el Consejo de Ministros de ese mismo viernes) aprobación de un Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información<sup>8</sup>, y en la página web de una organización no gubernamental dedicada a la transparencia se filtró el propio texto del llamado Anteproyecto<sup>9</sup>; dicho Anteproyecto, sin embargo, no llegó a aprobarse. El asunto pareció desaparecer de la agenda del Gobierno. Se trató, desde luego, de una desaparición expresiva del divorcio entre los políticos y la ciudadanía y de la importancia del compromiso y la acción de ésta para impulsar la actividad de aquéllos. En efecto, poco más tarde se hacía omnipresente el llamado movimiento 15-M, “Democracia Real Ya”, que abanderó como una de sus reivindicaciones más señeras la necesidad de aprobación de una Ley de Transparencia. Siempre a ras-tras, sea de la Unión Europea sea de su propia ciudadanía, los políticos españoles se hicieron eco por fin de este clamor y la transparencia pasó a ocupar un primer plano en la agenda política, hasta el punto de pasarse de la desidia a la carrera por la transparencia. En efecto, el 7 de abril de 2011, UPyD presentaba en el Congreso una proposición de Ley orgánica de principios y medidas contra la corrupción y por la transparencia en la gestión pública<sup>10</sup>; el 20 de junio de 2011, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad una moción por la que instaba al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley de Transparencia, no ya en un año, sino en unas semanas, antes de agosto de ese mismo año, el 29 de junio, el PP presentaba en el Congreso una proposición de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno<sup>11</sup>, y el 29 de julio de 2011 el Gobierno aprobaba el Anteproyecto de Ley –a la vez que se hacía público el adelanto electoral–. Iniciativas, todas ellas, pues, cara a la galería, habida cuenta el momento en que se presentaron. En los programas electorales de casi todos los grupos políticos para las elecciones de 20 de noviembre de 2011 figuraba ya la promesa de aprobación de una Ley de Transparencia. Recién inaugurada la actual legislatura, el PSOE presentó en el Congreso el 13 de diciembre de 2011 una proposición de ley sobre la base del Anteproyecto del anterior Gobierno<sup>12</sup> y UPyD lo hizo el 22 de diciembre, reproduciendo su proposición de la anterior legislatura. Finalmente, el Gobierno aprobó el 23 de marzo de 2012 su propio Anteproyecto, muy cambiado res-

<sup>8</sup> [http://www.elpais.com/articulo/espana/ley/reguladora/derecho/saber/ciudadanos/Administracion/elpepuesp/20100816elpepinac\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/ley/reguladora/derecho/saber/ciudadanos/Administracion/elpepuesp/20100816elpepinac_1/Tes)

<sup>9</sup> [http://www.access-info.org/documents/Access\\_Docs/Advancing/Spain/Espana\\_Anteproyecto\\_Ley\\_Transparencia.pdf](http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Espana_Anteproyecto_Ley_Transparencia.pdf)

<sup>10</sup> [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B\\_314-01.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_314-01.PDF#page=1)

<sup>11</sup> [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B\\_326-01.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_326-01.PDF#page=1)

<sup>12</sup> [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B\\_010-01.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B_010-01.PDF#page=1)

pecto de la anterior proposición de ley del PP<sup>13</sup> y con no pocos elementos parcialmente comunes a los textos impulsados por el anterior Gobierno. En definitiva, si bien este paso de la inmovilidad al *sprint* tiene algo de sonrojante, mirado en positivo, es un buen ejemplo de cómo se puede contribuir desde abajo, desde la sociedad, a fijar las prioridades políticas y a mover a la acción a los grupos parlamentarios y al Gobierno en pos, en este caso, de un objetivo, la transparencia, que, de suyo, tiende a provocar la cautela cuando no el vértigo en la mente de los legisladores y de los administradores, incluso de aquellos que están convencidos, en el plano teórico, de sus evidentes y contrastadas bondades. Otro aspecto positivo del proceso es que ha puesto a las claras algo que se ha evidenciado en el casi centenar de países que han aprobado ya sus respectivas leyes: que se trata de una iniciativa en torno a la cual podría obtenerse un alto grado de consenso político, mediático y social, pues, es, en cierto modo, previo a las diferentes ideologías, ya que entronca con el propio concepto de construcción y profundización de una democracia real.

#### IV. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY: LUCES Y SOMBRAS. MATERIALES PARA UN DEBATE

El Proyecto se divide en dos Títulos: Transparencia de la Actividad Pública y Buen Gobierno. El Gobierno ha decidido unir en un solo texto dos materias que, si bien pueden considerarse relacionadas, no suelen ser objeto de regulación unitaria en el Derecho comparado. Ha incluido también una disposición adicional dedicada a la revisión y simplificación normativa a la que están obligadas todas las Administraciones<sup>14</sup>. En estas páginas me dedicaré sólo a la transparencia y el acceso a la información<sup>15</sup>. La brevedad y finalidad de este escrito me impide, evidentemente, hacer un análisis detallado de la norma, de

---

<sup>13</sup> Véase “Proposición de Ley relativa a la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 15 de julio de 2011, núm. 326-1. Entre las diferencias con el posterior Proyecto que comentamos, las más llamativas son la ausencia de previsión de un órgano de control independiente y la limitación de las normas de buen gobierno a meros principios éticos, publicación de información sobre retribuciones y reglas sobre el tratamiento oficial de los miembros del Gobierno y altos cargos.

<sup>14</sup> Disposición adicional segunda.

<sup>15</sup> El Título dedicado al Buen Gobierno, que dejaré básicamente fuera de este estudio, establece, en síntesis, en relación a los miembros del Gobierno y altos cargos de todas las Administraciones y entidades de Derecho público o privado, principios éticos y de actuación (art. 23, con base en el Código de buen gobierno de 2005), e infracciones en materia de conflicto de intereses (art. 24), económico-presupuestaria (art. 25, ampliando las de la Ley General Presupuestaria y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) y disciplinaria (art. 26, extendiendo a los sujetos mencionados las de la Ley

tal modo que sólo apuntaré los elementos básicos de modo crítico, subrayando lo que a mi juicio son luces y sombras, como materiales para un debate<sup>16</sup>.

### **1. Ámbito objetivo de aplicación. El entronque con la normativa sobre acceso a los archivos y sus aporías.**

Conforme establece la disposición adicional primera, se rige por la normativa sobre procedimiento administrativo el acceso por los interesados a los documentos que se integren en un procedimiento en curso.

del Estatuto Básico del Empleado Público) y contempla un listado de sanciones, que en el caso de las económico-presupuestarias y de las disciplinarias graves y muy graves pueden ser una o más de entre la declaración del incumplimiento y su publicación en el Boletín Oficial del Estado, la destitución en los cargos públicos que ocupen, la no percepción de pensión indemnizatoria o la inhabilitación durante un período de entre cinco o diez años. Si bien es cierto que la proposición de ley del PP de 28 de junio de 2011 ya incluía la vertiente llamada “Buen gobierno”, el Anteproyecto lo desarrolla en mucha mayor extensión, profundidad y contundencia, dado que la versión anterior sólo incluía a los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la AGE y se limitaba a referir los principios éticos y de actuación ya acogidos en el Código de Buen Gobierno y a prescribir la publicación electrónica nominativa de sus retribuciones y establecer como única denominación en el tratamiento oficial la de señor/señora. La dramática situación económica e institucional de nuestro país parece haber llevado al Gobierno, probablemente a iniciativa del Ministerio de Hacienda, a la convicción de la necesidad de un “golpe legislativo de autoridad”. A mi juicio, se trata no obstante de una regulación que necesita ser repensada con sumo cuidado: el carácter genérico de los tipos infractores, en muchos casos además con incapacidad para discernir el responsable, su solapamiento con tipos penales, su contradicción con las previsiones constitucionales, estatutarias y orgánicas en la legislación sobre régimen electoral acerca de las causas y modos de cese en las funciones de los miembros de los Ejecutivos, la contundencia de las sanciones previstas y la posible reserva constitucional para su imposición por los tribunales. Mención aparte merece la atribución de la competencia para imponer estas las sanciones. En el primer Anteproyecto se preveía que en el caso de los miembros del Gobierno de la Nación y Secretarios de Estado la competencia para ordenar la incoación correspondía al Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. En los demás supuestos, adviértase, cualquiera que fuera la Administración competente, al propio Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. En el segundo Anteproyecto y en el posterior Proyecto de Ley se precisa que si se trata de otras Administraciones, la competencia pertenece a dichos órganos del Estado sólo respecto de las infracciones en materia económico-presupuestaria, ya que en los demás casos corresponde la incoación, instrucción y resolución a los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales en las que presten servicios los presuntos responsables (bien que hay que recordar que el régimen disciplinario en dicha normativa se refiere al aplicable a los empleados públicos, y no a las autoridades). Por lo demás, la Disposición final octava refiere como título competencial que ampara la ley los artículos 149.1.1<sup>a</sup>, 149.1.13<sup>a</sup> y 149.1.18<sup>a</sup>. Puede interpretarse que lo relativo a infracciones relacionadas con la gestión económico-financiera es lo que justifica la mención al artículo 149.1.13<sup>a</sup> –bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica– lo que supone, por lo demás, una interpretación de este título extraordinariamente incisiva.

<sup>16</sup> Un estudio prospectivo lo realicé en *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011

Asimismo, se regulan por su normativa específica aquellas materias que tengan un régimen legal específico de acceso a la información<sup>17</sup>. En el caso del acceso a la información ambiental<sup>18</sup>, la reutilización de la información pública<sup>19</sup> y el acceso a la información obrante en archivos que no sean de gestión u oficina (esto es, generales o centrales, intermedios e históricos).

Esta última previsión resulta a mi juicio sumamente desafortunada, por muchos motivos. En primer lugar, porque opera con unas categorías archivísticas que no necesariamente son comunes a todas las legislaciones autonómicas. En segundo lugar, en la medida en que va a hacer depender el derecho de los ciudadanos a conocer la información en poder de la Administración en cuanto a los sujetos obligados, a la publicidad activa y a las condiciones sustantivas y procedimentales de ejercicio del derechos de acceso de algo tan en buena medida discrecional como el tipo de archivo en el que conste cada tipo de información, lo que además, varía en las prácticas de cada Comunidad Autónoma e incluso de los diferentes Ministerios. Es más, algunas solicitudes se van a regir, en parte, por una normativa, y en parte por otra, en función de donde se halle cada parte de la información solicitada. Al respecto, en la regulación actualmente en vigor, hay que reseñar la absoluta deficiencia e incoherencia de la regulación legal “en paralelo” que llevan a cabo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo (LRJAP-PAC) y la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), y que ha dado origen a una extraordinaria confusión en una cuestión básica que debiera estar meridianamente clara en pro de la seguridad jurídica, cual es la de la normativa aplicable a las solicitudes de acceso a la información. Por una parte, el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común regula con carácter básico el derecho “a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos [...] siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”. Como puede verse, la ley no distingue en función de la antigüedad del documento o el tipo de archivo en que se encuentre, salvo, en su apartado 5.g) para excluir de su regulación “la consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos” y, es más, regula la modalidad de consulta directa de los expedientes “cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un

---

<sup>17</sup> Como es el caso, entre otros, del acceso de los concejales a la información municipal, regulado en los artículos 77 LRBRL y 14 del ROF.

<sup>18</sup> Ley 27/2006, de 28 de julio, de acceso a la información ambiental.

<sup>19</sup> Ley 37/2007, de 16 de noviembre, de reutilización de la información del sector público.

interés histórico, científico o cultural relevante”. De todo ello parecería concluirse que esta Ley regula con carácter básico el acceso a cualquier documento administrativo, salvo los obrantes en archivos históricos (incluyendo, por tanto, los que se hallan en archivos de oficina o de gestión, generales o centrales e intermedios). Por otra parte, y en contraste, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), pese a considerar que cualquier documento administrativo forma parte del mismo, cualquiera que sea su antigüedad y el tipo de archivo en el que obre<sup>20</sup>, regula en su artículo 57 el régimen sustantivo del acceso a los documentos administrativos estatales sólo una vez abandonan los archivos de oficina o de gestión y pasan a los centrales, y remite al desarrollo reglamentario las condiciones para la realización de las consultas y la obtención de reproducciones. Por tanto regula el acceso a los documentos obrantes en archivos generales o centrales, intermedios e históricos, en contradicción con el ámbito de aplicación del artículo 37 LRJAP-PAC. Tuvieron que pasar más de veinticinco años para que el Gobierno se decidiera a llevar a cabo el desarrollo reglamentario de la regulación legal de los archivos de titularidad estatal, por Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso (RDA). Esta norma distingue entre archivos de oficina o de gestión, generales o centrales, intermedio e histórico (art. 8) y regula en su Capítulo IV el “procedimiento de acceso a documentos y archivos” (arts. 23 a 32), que se aplica a todos los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o de gestión. Parece que hay aquí un intento de salvar la contradicción legal y de apostar por la lógica del artículo 57 LPHE. De este modo, el RD, con insuficiencia de rango legal –como era la previsión inicial– y proviniendo la iniciativa del Ministerio de Cultura, se alineó con la normativa “propia” de dicho Ministerio, la Ley de Patrimonio Histórico.

---

<sup>20</sup> S. FERNÁNDEZ RAMOS (véase, en especial, “Políticas y normativas archivísticas”, Congreso Los archivos municipales en la España democrática, Zaragoza, octubre de 2005, gentilmente puesto a mi disposición por su autor) ha explicado claramente en diversos escritos las “razones” históricas de la peculiaridad española acogida en el artículo 49.2 LPHE, que considera integrantes del patrimonio documental todos los documentos administrativos (“Forman parte del patrimonio documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios.”) y en consecuencia asocia los archivos –todos ellos, con independencia de la antigüedad de la documentación y de su valor histórico– al título competencial relativo al patrimonio cultural, y la enorme disfunción jurídica, organizativa y funcional que ello ha generado.

Ahora bien, una vez emprendida la tarea legislativa de modificar el artículo 37 LRJAP-PAC y sustituirlo ya por una Ley de Transparencia y Acceso, lo más efectivo y acorde con el Derecho comparado sería, a nuestro juicio, por el contrario, establecer que esta nueva norma se aplica a cualquier tipo de información, excluida acaso la obrante en archivos históricos (que, en el caso de los estatales, sí podrían regirse por lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Histórico y en el RDA, dado que en ellos sí el interés cultural es el prevalente, y no el de la transparencia de la gestión pública, lo que justifica que puedan y deban establecerse disposiciones específicas en cuanto a los límites o a los modos de acceso).

Sin embargo, el Proyecto se ha alineado con la lógica del RD de 2011, pocos meses anterior a la aprobación del Anteproyecto y al que mantiene en vigor, de modo que el régimen sustantivo y procedimental de acceso a los documentos que obran en archivos de oficina o gestión es el establecido en la Ley de Transparencia mientras que si se encuentran en archivos centrales, intermedios e históricos es el recogido en la normativa archivística. De mantenerse así, dará lugar a grandes disfuncionalidades e incoherencias.

Por lo demás, la regulación del Proyecto es, no obstante, supletoria en lo no regulado, lo que tiene una importancia decisiva, en especial, en materia de reclamaciones frente a decisiones sobre acceso, como veremos.

## **2. La naturaleza del derecho, la base competencial y los sujetos obligados.**

En España, el artículo 105.b) de la Constitución llama a la ley a regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. No se inserta en el Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”), sino en el IV (“Del Gobierno y de la Administración”). En su momento fue una decisión pionera la de elevar el derecho a rango constitucional pero actualmente condiciona la aproximación jurídica. Por la peculiar distinción entre categorías de derechos, peculiar de nuestra Constitución, y por la ubicación del artículo 105, el tratamiento hasta el momento en nuestro Derecho ha sido el de un derecho autónomo respecto del derecho fundamental a la libertad de información, un “derecho de configuración legal”, desarrollado por leyes ordinarias (Ley de procedimiento administrativo, Ley de reutilización de la información pública) y aplicable sólo al poder ejecutivo. Han sido aprobadas con apoyo en el título competencial del art. 149.1.18<sup>a</sup> (bases del régimen jurídico de las Adminis-

traciones Públicas). No se aplican, por ello mismo, a los demás poderes y órganos constitucionales (algunos de los cuales tienen sus propias regulaciones en materia de publicidad). No se han presentado, pues, como desarrollo del art. 20.1.d) CE (y por ello, no son leyes orgánicas ni están protegidas por el recurso de amparo). En la línea de la no consideración del derecho de acceso como integrante de la libertad de información se mueve también una jurisprudencia muy escasa y que no aborda frontalmente la cuestión general de las relaciones entre ambos derechos<sup>21</sup>, si bien en la más reciente se prefiere mantener la cuestión imprejuizada<sup>22</sup>. Y, en esta misma, línea, el Proyecto lo es también de ley ordinaria y enlaza expresamente en su artículo 8 con el artículo 105.b) de la Constitución y no con la libertad de información, y éste ha sido probablemente su aspecto más polémico y criticado.

La doctrina ha discutido tradicionalmente sobre si el derecho de acceso es un derecho autónomo (y por ende no fundamental en nuestro esquema constitucional)<sup>23</sup> o, por el contrario, de una manifestación de la libertad de información con relación directa con el principio de democracia<sup>24</sup>. Esta es la posición de la doctrina más actualizada.

En el Derecho europeo y comparado, el derecho de acceso a la información

---

<sup>21</sup> Véase al respecto STC 161/1988, de 20 de septiembre, que inadmite parcialmente un recurso de amparo en el que se invoca el artículo 105.b), si bien ha de tenerse en cuenta que en este caso no se alegaba la conexión de este precepto con el artículo 20.1.d). En la jurisprudencia del Tribunal Supremo es reiterada esta aproximación: “El artículo 105 b) de la Constitución dispone que la ley regulará, entre otras materias, ‘El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas’. Este precepto constitucional remite expresamente a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva. Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa)”.

<sup>22</sup> La recentísima STS de 29 de mayo de 2012 dice “aun admitiendo a efectos puramente argumentativos que los arts. 20.1.d) y 23.1 CE engloban el derecho a obtener información de los poderes públicos – algo que dista de ser evidente...”

<sup>23</sup> ÁLVAREZ RICO, M. (1979), “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, *Documentación Administrativa*, núm. 183, pp. 103-133; Pomed Sánchez, L. A. (1989), *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP. Madrid.

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S. (1997), *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (1995), *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid.

ha ido adquiriendo rango de derecho fundamental, bien como derecho autónomo (en las declaraciones de derechos fundamentales más jóvenes, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000, en su artículo 42), bien como parte del contenido de la libertad de información-expresión (en los sistemas iusfundamentales menos recientes, como ha ocurrido en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a partir de una reinterpretación del contenido de su artículo 10<sup>25</sup>).

A mi juicio, una interpretación evolutiva del derecho fundamental a la libertad de información a la luz del Convenio Europeo de Derecho Humanos, a la que remite de forma expresa el artículo 10.2 de la Constitución, permitiría abordar una nueva perspectiva, la de considerar el derecho de acceso como integrante de la libertad de información, que sería en todo caso la pertinente si se pretendiera extender su ámbito subjetivo a todos los poderes públicos de cualquier ámbito territorial, y dotarlo de la mayor garantía que supone la reserva de ley orgánica y el recurso de amparo constitucional. Una interpretación conforme a los instrumentos internacionales de derechos fundamentales suscritos por España, en particular a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo así que me parece incuestionable que poca información hay más relevante para la creación de una opinión pública informada, a cuyo servicio está la libertad de información, que, precisamente, la que obra en manos de los poderes públicos. Si en la jurisprudencia constitucional este derecho conecta directamente con el propio principio de Estado democrático, que precisa de una opinión pública informada, y esta afirmación se hace incluso respecto a información sobre personajes famosos, con cuánta mayor razón puede predicarse esto mismo de información que detenta la propia Administración relacionada con la gestión de los asuntos públicos. Desde el punto de vista sociológico en un momento en que existe un clamor a favor de la transparencia y el acceso a la información, el tratamiento de este derecho como un derecho “de segundo rango” parece situarse fuera de esta concepción social y ha sido, como decimos, el punto más controvertido del Proyecto<sup>26</sup>. Se aduce que se trataría de un derecho más desprotegido, al tener una consideración inferior a

---

<sup>25</sup> Dos asuntos han tenido como protagonista a uno de los países con la legislación más favorable a la publicidad, Hungría. En ambos, el Gobierno húngaro partía de que, en efecto, una denegación de información constituye una injerencia en la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, enfoque que ha sido acogido por el TEDH. Se trata de los asuntos *Társaság a Szabadságjogokért*, sentencia de 14 de abril de 2009, y *Kennedy*, sentencia de 16 de agosto de 2009. Es también la solución a la que se ha llegado en la jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2006, en el caso *Clau de Reyes* y otros contra Chile, interpretando el artículo 13 de la Convención).

<sup>26</sup> La reivindicación de la consideración del derecho de acceso como derecho fundamental ha sido, probablemente, la más reiterada entre los grupos pro acceso, la prensa y en la consulta pública (como se

otros derechos enfrentados, que sí se han reconocido como fundamentales y tender a ser postergado frente a éstos, en particular, frente al derecho a la intimidad y a la protección de datos<sup>27</sup>, y al no estar protegido por el recurso de amparo.

Se trataría, pues, de una reinterpretación de la libertad de información del art. 20.1.d), en línea con el Derecho europeo y comparado y con la doctrina sobre la materia. No parece lo más probable, aunque no es descartable, que, fundado en la evolución del Derecho internacional y europeo el Tribunal Constitucional fuera a pronunciarse en contra de esta opción (máxime cuando ha desplegado una jurisprudencia realmente “creativa” en relación con el derecho a la protección de datos). Ello es compatible con dotar del rango de orgánicas a las disposiciones sobre el ámbito, el contenido del derecho y sus límites, y establecer un régimen diferenciado en función del sujeto obligado, por leyes ordinarias, para los mecanismos de publicidad activa, el procedimiento de ejercicio del derecho y las reclamaciones contra las inadmisiones o las denegaciones totales o parciales para los sujetos actualmente contemplados en el Proyecto, pudiendo mantenerse para la información relacionada con el ejercicio de actividades administrativas (en el sentido amplio del Proyecto) la regulación en él contemplada. Si, por el contrario, se prefiere optar por una opción jurídicamente más conservadora, considerando el derecho de acceso un derecho autónomo respecto a la libertad de información, contenido en el artículo 105 de la Constitución y aplicable sólo a las funciones administrativas, se podría tal vez optar por un término medio, y prever que su protección judicial en los tribunales contencioso-administrativos se lleve a cabo a través del procedimiento

---

reconoce en el “Informe sobre la consulta pública electrónica del Anteproyecto” elaborado por el propio Ministerio de la Presidencia), así como de expertos como el informe de la Oficina del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Además, otra de las críticas más generalizadas es que no alcanza a todos los poderes y órganos constitucionales (entre ellos, la Casa Real), lo que deriva precisamente de su consideración como un derecho “administrativo”.

<sup>27</sup> En cuando a lo primero, la tramitación del anteproyecto parece darles la razón, pues en el propio Informe de la Agencia Española de Protección de Datos se lee: “No debe olvidarse en este punto que el derecho fundamental a la protección de datos aparece reconocido expresamente por la Sección segunda del Capítulo I del Título I de la Constitución, mientras que el derecho de acceso a la información pública, aun siendo una garantía esencial de funcionamiento del Estado democrático, no aparece incluido en el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas recogido en la Constitución”. El propio Informe trasluce una concepción restrictiva y en ocasiones errónea de la transparencia por relación a la protección de datos. La afirmación es paradójica por cuando el derecho a la protección de datos no aparece en el catálogo de derechos fundamentales y ha sido extraída por el Tribunal constitucional de la mera referencia del art. 18.4 CE a la limitación de la informática (siendo así, además, que también se aplica a los tratamientos no informatizados...).

previsto en los artículos 114 a 122 de la Ley de dicha jurisdicción, que si bien se prevé para el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos previsto en el art. 53.2 CE (de hecho ese mismo artículo competencial lo extiende a la objeción de conciencia del art. 30 CE, que no es un derecho fundamental). Sería una extensión legal de un procedimiento judicial preferente sin otorgarle naturaleza de derecho fundamental ni abrir la vía de amparo constitucional y para la que bastaría ley ordinaria dado que ese es el rango de la propia Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Proyecto, al considerarse desarrollo del artículo 105.b) se apoya en dos títulos competenciales en lo que se refiere a transparencia y acceso a la información<sup>28</sup>. Aunque el legislador no lo precisa, parece haber interpretado que el artículo 149.1.18 es la base competencial principal, y que el artículo 149.1.1<sup>a</sup> actúa como complemento para el diseño de la necesaria existencia de un órgano independiente de resolución de reclamaciones (a semejanza de lo que hiciera la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos personales, con refrendo por la STC 290/2000), y regula, de este modo, la transparencia y el acceso a la información administrativa, y no la legislativa o judicial, lo que ha recibido críticas por parte de diversas instituciones y organizaciones no gubernamentales. No obstante, hay que reconocer que se encuentra en esto la línea más general del Derecho comparado y es en todo caso lo único coherente con la base competencial utilizada, de modo que la publicidad de las actuaciones de otros poderes del Estado distintos al Ejecutivo por su actividad característica, no administrativa, queda fuera del Proyecto<sup>29</sup>. Se acoge, pues, una noción funcional de Administración, que incluye a todas las Administraciones y sus entidades instrumentales, también las Entidades gestoras y los Servicios comunes de la Seguridad Social<sup>30</sup>, a las Corporaciones de Derecho Público y a los órganos constitucionales (entre los que se incluye al CGPJ pero no a las actividades administrativas de las salas de gobierno de juzgados y tribunales) y las instituciones autonómicas análogas “en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo”. Probablemente sería conveniente sustituir esta expresión por una referencia a sus actividades en materia de “personal, bienes o contratación”, pues de lo contrario quedarán fuera del conoci-

---

<sup>28</sup> Pues también apela, como dijimos, al artículo 149.1.13<sup>a</sup> –bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica– probablemente como amparo de las disposiciones de buen gobierno en materia de sanciones por incumplimiento de normas económico-financieras.

<sup>29</sup> En España, en todo caso, la Constitución prevé la publicidad de las actuaciones de los diferentes poderes públicos, que están desarrolladas en el Reglamento del Congreso de los Diputados y del Senado, para el Poder Legislativo, y en la LOPJ, para el Judicial.

<sup>30</sup> Novedad del Proyecto respecto del Anteproyecto.

miento público la información sobre estas materias cuando se encuentren bajo un régimen de Derecho civil, mercantil o laboral.

Además, se va más allá, ampliando el radio de aplicación a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, pública sea mayoritaria (se ha apuntado, entre otros, por el Observatorio de la Contratación Pública, que debería acudir más bien al concepto de poder adjudicador del artículo 3.1.h) de la Ley de contratos)<sup>31</sup>, a las fundaciones del sector público (se utiliza aquí una terminología un tanto restrictiva por “estatalista”) y a las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades antes mencionadas, así como, siguiendo una sugerencia del Consejo de Estado, a los órganos de cooperación interadministrativa (en cuyo caso será la Administración que ostente la secretaría la que deba cumplir con las obligaciones).

Obsérvese que el Proyecto no incluye al Gobierno de la Nación, tal vez por entender que, por una parte, se trata de un órgano “mixto” político-administrativo y, por otra, la información que maneja es aportada o custodiada por órganos integrados en la AGE, pero lo cierto es que el Convenio 205, que, como decimos, España pretende ratificar, sí obliga expresamente a su inclusión.

En el caso de las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, están obligadas a suministrar, previo requerimiento, a la Administración, organismo o entidad de los anteriormente descritos al que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento por aquélla de las obligaciones previstas en esta Ley. Esta obligación se extiende (es una novedad de la segunda redacción del Anteproyecto que se ha mantenido en el Proyecto) a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato. Esta última previsión me parece, en línea con la observación del Consejo de Estado, criticable por ambigua y por poder llevar a efectos contrarios a la transparencia pretendida<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> “Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.”

<sup>32</sup> En palabras del Consejo de Estado: “debería valorarse la conveniencia de modificar el inciso final de este apartado, que, en el caso concreto de los adjudicatarios de contratos del sector público, remite la determinación del contenido y la extensión de esta obligación a lo que disponga el respectivo contrato.

No se han incluido tampoco a los partidos políticos y sus fundaciones y asociaciones, al no ser sujetos públicos ni entrar, en el concepto, por amplio que se quiera, de Administración o de ejercicio de funciones administrativas<sup>33</sup>. Esta exclusión ha generado críticas en diversos medios (doctrinales, periodísticos, ONGs de transparencia)<sup>34</sup>, máxime en un contexto de escándalos de financiación ilegales que han asolado este país y llevado la credibilidad de los políticos en la percepción de los ciudadanos a su mínimo histórico desde que hay registros del Centro de Investigaciones Sociológicas<sup>35</sup>. La financiación está regulada en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, de Financiación de Partidos Políticos, recientemente reformada por la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre. Ciertamente, dicha Ley establece la obligación de presentar las cuentas anuales, que deben ser fiscalizadas por el Tribunal de Cuentas, y tras la reforma, obliga a los partidos políticos, una vez por el Tribunal de Cuentas el informe de fiscalización correspondiente a un determinado ejercicio, a hacer

---

Una previsión de estas características permitiría dejar a la voluntad de las partes la regulación concreta de esta obligación, pudiendo llegar a quedar desplazadas las entidades, organismos y órganos que, a los efectos del anteproyecto, tienen la consideración de Administraciones Públicas.”

<sup>33</sup> En palabras del Consejo de Estado: “Junto a las observaciones anteriores, ha de realizarse una última reflexión en relación con el ámbito subjetivo de aplicación del título I del anteproyecto. No se ha incluido en él ni a los partidos políticos ni a los sindicatos, opción ésta que, desde el punto de vista de la técnica, el Consejo de Estado no considera objetable, habida cuenta de que estas entidades no participan de la misma naturaleza que el resto de los sujetos mencionados en el artículo 2. Ello no obstante, sí se considera oportuno incluir en el anteproyecto alguna referencia expresa a ellos y a la necesidad de hacer extensivo a su ámbito de actuación el principio de transparencia, especialmente en lo relativo a los fondos públicos que perciben y al uso que de tales fondos realizan, debiendo articular adecuadamente la previsión que a este respecto se introduzca en el anteproyecto con las contenidas en la regulación aplicable a la financiación de partidos políticos y sindicatos”.

<sup>34</sup> Por todos, véase la intervención de Jesús Lizcano, Presidente de Transparencia Internacional España, en la primera sesión de las comparencias de expertos ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados sobre el Proyecto de Ley: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/01/27/espana/1359278596.html>; y [http://politica.elpais.com/politica/2013/01/23/actualidad/1358971062\\_797581.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/01/23/actualidad/1358971062_797581.html). Puede acceder al video de dichas comparencias en la página [www.congreso.es](http://www.congreso.es) y en el Diario de sesiones.

<sup>35</sup> La insatisfacción va en aumento. En el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de diciembre de 2012 el porcentaje de españoles que ven a los políticos y la case política como uno de los principales problemas del país es del 29,8% (seguido por un 17,1% de “la corrupción y el fraude”), sólo por detrás del paro y de la situación económica. Para el 11,2% de los ciudadanos, era el principal problema, incluso por encima de los dos anteriores (y “la corrupción y el fraude” para el 6,2%). Como principal objetivo de España para los cinco próximos años, los ciudadanos citan la lucha contra la corrupción política en un primer lugar en un 16,5% (sólo por detrás de la lucha contra el paro) y en el segundo lugar en un destacado primer puesto con el 30,2%. Sin embargo prevén mayoritariamente que al cabo de esos cinco años, la corrupción política habrá aumentado (en un 49,6% que supera incluso la suma de los que creen que se habrá mantenido o que habrá disminuido). Puede consultarse en: [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2960\\_2979/2972/e297200.html](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2960_2979/2972/e297200.html).

públicas, preferentemente a través de su página web, el balance y la cuenta de resultados y, en particular, la cuantía de los créditos que les han sido concedidos, el tipo de entidad concedente y las condonaciones de deuda correspondientes a tal ejercicio, de forma que esta información sea de gratuito y fácil acceso para los ciudadanos, lo que supone un avance. No obstante, como puede verse, no es una obligación de publicitar todo el estado de ingresos y gastos y opera de forma tardía en el tiempo (habida cuenta de la politización y los injustificables retrasos del Tribunal de Cuentas). Además, la Ley dispone que el importe global de las subvenciones públicas ha de consignarse en la Ley de Presupuestos Generales de cada ejercicio, y es por tanto público, así como lo son los criterios de reparto. No obstante, también ha procedido a la relajación de los límites en cuanto a la financiación de las fundaciones de los partidos políticos, que, a diferencia de éstos, pueden recibirlas de empresas que contratan con Administraciones Públicas y no están sometidas al límite anual de los 100.000 euros por donante, y no tienen consideración de donaciones las cantidades o bienes entregados para financiar una actividad o proyecto concreto, cuando se realice como consecuencia de un interés común derivado de las actividades propias del objeto societario o estatutario de ambas entidades. Ciertamente, estas fundaciones y asociaciones están obligadas a informar anualmente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de todas las donaciones y aportaciones, y a notificar al Tribunal de Cuentas las recibidas de personas jurídicas, pero eso no implica el conocimiento ni el control ciudadanos, salvo acaso por vía indirecta, precisamente ejerciendo ante éstos el derecho de acceso.

Por lo demás, otras entidades que tienen un reconocimiento constitucional y se financian fundamentalmente con fondos públicos son los sindicatos y las organizaciones empresariales, y su exclusión ha sido también objeto de crítica<sup>36</sup>.

En todo caso, debe matizarse que, como veremos a continuación, el Proyecto prevé la publicidad de toda subvención otorgada por una entidad pública sometida a su ámbito de aplicación. La posible ampliación a todos los sujetos que reciben fondos públicos (como permite, que no impone, el Convenio 205) creo que hubiera complicado en exceso el sistema, en su generalidad (hasta un alumno de secundaria con beca o un joven trabajador autónomo con

---

<sup>36</sup> En el "Informe sobre la consulta pública electrónica del Anteproyecto" del Ministerio de la Presidencia se apunta que las observaciones formuladas pretendían principalmente la inclusión de todos los receptores de fondos públicos, incluidos sindicatos, patronal y ONGs.

subvención lo hacen), cuando, como veremos, el Proyecto ya obliga a hacer públicas todas las subvenciones y ayudas.

### 3. La publicidad activa.

Las leyes de transparencia y acceso a la información existentes en otros países se han ido adaptando a la sociedad digital de la información del nuevo milenio, dando el salto cualitativo de la publicidad pasiva a la publicidad activa, y estableciendo disposiciones todo lo precisas posible que obliguen a poner a disposición de todos los ciudadanos en Internet la principal información que les permita participar, controlar y con ello contribuir a una gestión pública más eficaz y transparente. Buena parte de esta información ya es objeto de publicidad oficial (como ocurre, en nuestro Derecho, con determinados actos en materia de empleo público, contratos, subvenciones, etc.); se trata, sobre todo, de centralizarla y ponerla en formatos que permitan su fácil localización y, en su caso, su posterior tratamiento y reutilización.

En este punto, el Proyecto es ambicioso. Prevé la publicidad activa por parte de los obligados (excluyendo a los sujetos privados antes apuntados) de la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de la actividad que esté relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. La segunda redacción del Anteproyecto añadió que la publicación debe hacerse en las correspondientes sedes electrónicas y páginas web (no todos los obligados tienen sede electrónica ni son Administraciones Públicas) de manera clara, estructurada y entendible para los interesados, para lo que deben establecerse mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización. Este añadido, que había sido objeto de diversas sugerencias, conecta además con las iniciativas de *open data* en que España se ha comprometido. Además, se introdujo en el Proyecto que toda la información estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad accesible. Sin embargo, no se ha hecho mención del plazo de publicación y el tiempo en que la información ha de estar disponible, como se había sugerido en la consulta pública y constata el Informe del Ministerio de la Presidencia.

Aclara también que juegan en estos casos los mismos límites generales al derecho de acceso que estudiaremos más adelante, y, en particular, el derivado de la protección de datos de carácter personal (habiéndose incluido en el Proyecto, a sugerencia de la AEPD, que cuando la información contuviera datos es-

pecialmente protegidos la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos).

El Proyecto no se limita a establecer este principio general, sino establece obligaciones concretas de publicidad activa, de forma notablemente detallada, lo que me merece un juicio muy positivo.

a) Entre la *información institucional, organizativa y de planificación* se encuentra la relativa a funciones, normativa aplicable y estructura organizativa; planes y programas anuales y plurianuales, incluyendo objetivos, actividades, medios y tiempo previsto para su ejecución, con evaluación y publicación periódica de su grado de cumplimiento y resultados (estos últimos, a sugerencia del Consejo de Estado, y como ya había sido demandado en la consulta pública) y de los indicadores de medida y valoración.

En la consulta pública se sugirió, además, la publicación de la identificación de los responsables de todas las unidades que forman parte del organigrama de los sujetos obligados y los *curricula vitae* de los altos cargos y la publicación de sus agendas de reuniones y actividades. Asimismo, la coalición pro acceso ha sugerido la publicación del patrimonio de cada organismo público (que por lo demás debe constar el inventario de bienes y derechos). Todas estas propuestas, incluida la publicidad de las agendas<sup>37</sup> me parecen razonables.

b) Entre la *información de relevancia jurídica*, junto con las directrices, instrucciones, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho –en línea con lo ya dispuesto en el 37.10 LRJAP-PAC– y además, y esto es nuevo, los anteproyectos de ley y los proyectos de reales decretos legislativos (introducido estos por sugerencia del Consejo de Estado pero con una defectuosa redacción, puesto que los decretos legislativos previstos en algunos Estatutos de Autonomía no tienen, obviamente, la calificación de “real”, aspecto éste que pasó inadvertido al propio Consejo de Estado) y de reglamentos, así como las memorias u otros documentos, incluidos los informes, que integren los expedientes de elaboración de los textos normativos y los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente deban ser someti-

---

<sup>37</sup> En lo que están de acuerdo incluso la propia Asociación de Profesionales de las Relaciones Institucionales (APRI) (véase el artículo “Los profesionales de las Relaciones Institucionales piden que la Ley de Transparencia regule la actividad de los lobbys” (<http://www.europapress.es/nacional/noticia-profesionales-relaciones-institucionales-piden-ley-transparencia-regule-actividad-lobbys-20120424170542.html>))

dos a un período de información pública durante su tramitación. La previsión es muy positiva, y la redacción es fruto de un cambio respecto a la primera redacción del Anteproyecto, en la medida en que ahora se incluyen los informes y los documentos sometidos a información pública. Más cuestionable es el momento en que han de someterse a publicidad estos textos, que está en función de que estén sometidos o no a dictamen preceptivo previo. De ser así, la publicación se prevé “cuando se soliciten los dictámenes” (en el caso de los anteproyectos de ley y de decretos legislativos) o “una vez que estos hayan sido solicitados” “sin que ello suponga necesariamente la apertura de un trámite de audiencia pública”, en el caso de los reglamentos, disparidad ésta de redacción que parece injustificada y que en el segundo caso parece no establecer una necesaria simultaneidad. De no estar sujetos a dictamen preceptivo, la publicidad de los proyectos de ley y de decreto legislativo se realizará “en el momento de su aprobación” y queda sin determinar para los proyectos de reglamentos. Esta distinción era obviada en el Primer Anteproyecto y fue incorporada por sugerencias de los expertos. Como puede notarse, el momento (tardío) elegido desconecta la publicidad del servicio a un aumento de las posibilidades de participación ciudadana en el procedimiento normativo. Algo que por lo demás fue puesto de manifiesto en la consulta pública y en las reuniones de expertos. La reduce, en su caso, a la posibilidad de confrontar, en el caso de las normas sometidas a dictamen preceptivo, los textos enviados a dictamen y los aprobados como consecuencia de los cambios propuestos en los correspondientes dictámenes, lo cual al menos permite calibrar el grado de influencia de los órganos consultados sobre los órganos competentes para su aprobación. En el caso de las Memorias e informes y de los documentos sometidos a información pública, no se prevé el momento de publicación.

c) Finalmente, es muy destacable que se ha previsto la publicidad en materia *económico-presupuestaria*. Incluye:

– Todos (y no sólo los sometidos a publicidad oficial) los contratos<sup>38</sup>, con indicación del objeto, importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento (acogiendo una propuesta del Observatorio de la Contratación Pú-

---

<sup>38</sup> El Proyecto habla de “formalizados” pero, en la medida en que pudiera interpretarse como excluyendo de los contratos en que no hay una formalización procedimentalizada, creo que convendría eliminar esta referencia.

blica en la consulta) y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato (se ha suprimido respecto del segundo Anteproyecto las prórrogas y las variaciones de plazo y precio, tal vez por entenderlas comprendidas, pero no siempre en las modificaciones, pero no siempre presuponen una modificación del contrato), las decisiones de desistimiento y renuncia (acogiendo una propuesta del Observatorio de la Contratación Pública en la consulta) y los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público. Acogiendo una propuesta del Observatorio de la Contratación Pública en la consulta, en el segundo Anteproyecto se ha añadido que la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente y de forma agregada, expresión ésta que tiene cierta ambigüedad, siendo así que el Observatorio hablaba de “agrupada”. Como es sabido, los contratos menores son objeto de adjudicación directa y precisamente por ello, son los que han generado una mayor opacidad, fraude y corrupción, con prácticas por todos conocidas de troceamiento artificial del objeto de los contratos para eludir la publicidad y concurrencia. Parece que debiera interpretarse que la agregación consiste en acumular los contratos suscritos por adjudicatario y por objeto, precisamente para prevenir este tipo de fraude. Por lo demás, se ha sugerido que podrían añadirse las actas de las comisiones de contratación<sup>39</sup>, lo que parece que puede compartirse.

– Todos los convenios suscritos (no sólo los interadministrativos), con mención de las partes, su objeto y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas, a lo que a sugerencia de la Comisión Nacional de la Competencia y del Consejo de Estado, el Proyecto ha añadido el plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones. Además, a sugerencia del segundo se ha añadido la publicación de las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

– Todas las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios (y, nótese, no sólo las que dicha Ley obliga a publicar), si bien se considera como incluidas las reguladas en la Ley

---

<sup>39</sup> Propuesto por los integrantes del Comité de Dirección de Transparencia Internacional España A. GARRIGUES WALKER, J. LIZCANO ÁLVAREZ, M. VILLORIA MENDIETA, J. SÁNCHEZ LAMBÁS, en “La Ley de Transparencia, sólo el primer paso”, en el Diario El País, [http://elpais.com/elpais/2012/03/29/opinion/1333034562\\_798871.html](http://elpais.com/elpais/2012/03/29/opinion/1333034562_798871.html).

38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, lo que parece dejar fuera, pues, la excluidas del ámbito de aplicación de dicha ley, contempladas en su artículo 4, fundamental y significativamente, las subvenciones a grupos parlamentarios, partidos políticos y sus fundaciones<sup>40</sup>.

– Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada sobre su estado de ejecución.

– Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y los de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan. Se trata de un supuesto nuevo en el segundo Anteproyecto que se había propuesto en la Comisión de Expertos, que no obstante también habíamos hecho extensiva la obligación a los informes de los órganos de control interno.

– Las retribuciones percibidas por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación del Proyecto y, en el caso de la AGE, las resoluciones dictadas por la Oficina de Buen Gobierno y Conflictos de Intereses sobre la compatibilidad de las actividades privadas, que se suma a la publicación oficial de las declaraciones de actividades y de bienes y derechos, tanto de todo alto cargo estatal (no sólo, como hasta ahora, de Ministros y Secretarios de Estado) como de los representantes locales y los miembros no electos de la Junta de Gobierno local<sup>41</sup>. La redacción plantea el problema de que muchas de las entidades sujetas a la norma no acogen el concepto de “alto cargos” (entre otras muchas, las Universidades Públicas), lo que precisará de una tarea de interpretación. En la consulta pública se sugirió la publicación, también, de todas las retribuciones de funcionarios públicos.

– La publicación de la información estadística necesaria para valorar el gra-

---

<sup>40</sup> “Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley: a. Los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario. b. Las subvenciones previstas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General c. Las subvenciones reguladas en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos. d. Las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, en los términos previstos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, así como las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Asambleas autonómicas y a los grupos políticos de las corporaciones locales, según establezca su propia normativa.

<sup>41</sup> En los términos previstos en el artículo 14.4 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, esto es, en BOE (en el caso de los Ayuntamientos, sólo si su Estatuto no ha dispuesto otra forma de publicación; en todo caso, parece que debiera haberse previsto en ese caso la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia correspondiente).

do de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia.

Sería conveniente, además, estimo, establecer de forma expresa la responsabilidad disciplinaria de los responsables de los incumplimientos o, cuando menos, la competencia de los órganos independientes de control en esta materia para declarar y hacer públicos estos incumplimientos.

Ha de advertirse, en todo caso, que el propio Proyecto prevé que estas obligaciones de transparencia “se entienden sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad” (por ejemplo, en materia medioambiental o cualquiera otra disposición que establezca la publicidad de determinadas actuaciones).

En el ámbito de la AGE se crea un Portal de la Transparencia, dependiente del Ministerio de la Presidencia (extremo éste que aclara la segunda redacción), que facilite el acceso de los ciudadanos a la información antes reseñada, así como otra información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia, en los términos que se establezcan reglamentariamente. Todas las Administraciones pueden adoptar además medidas complementarias y de colaboración (añadido éste último de la segunda redacción) para el cumplimiento de estas obligaciones. En este sentido, puede bien pensarse en la prestación de soporte por las Comunidades Autónomas o las Diputaciones a los Municipios, o en una red de enlaces que faciliten al ciudadano localizar la información.

#### **4. El objeto del derecho de acceso.**

En el Derecho comparado el derecho de acceso se refiere mayoritariamente al concepto acuñado por la archivística de “documento”. Es así, entre otros, en el propio Convenio 205. La noción de documento es amplísima, extendiéndose a todo contenido cualquiera que sea su soporte. Otra opción regulatoria, minoritaria, es la que hace pivotar el sistema sobre el concepto de “información”. Ambas tienen sus pros y sus contras. En el primer caso, en un mundo caracterizado por la digitalización en bases de datos, el concepto de “documento” ha debido ampliarse para comprender los documentos que pueden elaborarse (aunque no “existan” previamente como tales) a partir de la información en ellas contenida. El tema más debatido actualmente es si debe prevalecer la decisión política sobre el grado idóneo de transparencia, de modo que la propia aplicación debería adaptarse, de ser necesario, cuando la reiteración de solicitudes de acceso vengan a poner de manifiesto el interés público

en conocer determinado tipo de información no extraíble con las herramientas existentes del sistema<sup>42</sup>. Es un caso claro de debate sobre si el *code* debe condicionar el alcance del derecho, o si por el contrario debe adaptarse a las exigencias de este, por utilizar la imagen de L. LESSIG. Optar por el concepto de “información” obliga a un movimiento a la inversa, de acotamiento, para excluir un derecho a la redacción de documentos “a la carta”.

El Proyecto en su redacción inicial optó por el concepto “información”, que en su segunda redacción se define como “los contenidos o documentos” que obren en poder de los sujetos obligados y hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones públicas. Puede verse en esto una respuesta a las inquietudes planteadas por el colectivo de archiveros de la función pública, acostumbrados a la noción acuñada en la archivística de documento<sup>43</sup>, definido en algunas leyes de archivo, que argumentaban además que la desaparición de esta noción en el primer Anteproyecto podría utilizarse como un apoyo para privar al solicitante del acceso al documento mismo o a una copia del mismo (a mi juicio, se trataba de un temor infundado, al menos jurídicamente, por cuanto se establece un derecho a elegir la modalidad de acceso, pero nada se pierde explicitándolo).

Claro está, el Proyecto ha tenido que establecer alguna cortapisa ante la posibilidad de solicitudes genéricas que conviertan a los sujetos obligados en auténticos “consultores” al servicio de cualquier solicitante, y al respecto establece que se exceptúan del derecho de acceso la información para cuya divulgación “sea necesaria una accesión previa de reelaboración”, concepto éste cuya interpretación más o menos amplia va a ser uno de los elementos nucleares de la aplicación de la Ley. Además, se excluyen las solicitudes que se refieran a in-

---

<sup>42</sup> Así, por ejemplo, en el Derecho comunitario, la práctica ha consistido en considerar como documento cualquier informe extraído de estos sistemas, que corresponda a su explotación normal. La propuesta de reforma del Reglamento 1049/2001, actualmente en curso, aclara que el derecho abarca el acceso a documentos que pueden confeccionarse a partir de bases de datos (e incluyen en el caso de la del Parlamento, de forma expresa, el “dato o contenido” en la propia definición de “documento”). La cuestión ahora radica en determinar hasta dónde llega el derecho: si a la información que pueda extraerse de la base de datos utilizando cualquier herramienta efectivamente disponible para la explotación del sistema (propuesta de la Comisión) o si dichas herramientas deben de hecho existir con una amplitud suficiente para atender a los posibles solicitudes de información (propuesta del Parlamento).

<sup>43</sup> “Comentarios al borrador del Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno” de la Asociación de Archiveros Españoles de la Función Pública. Pueden consultarse en [http://www.aefp.org.es/NS/Documentos/AEFP\\_Comentarios\\_Borrador\\_Anteproyecto\\_Ley\\_Transparencia\\_AIP\\_BG.pdf](http://www.aefp.org.es/NS/Documentos/AEFP_Comentarios_Borrador_Anteproyecto_Ley_Transparencia_AIP_BG.pdf)

formación que esté en curso de elaboración o de publicación general y la que tenga carácter auxiliar o de apoyo “como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas” (se ha sugerido –entre ellos yo mismo– la supresión de esta lista ejemplificativa de los “informes internos” que pudiera dar lugar a una interpretación poco favorable a la transparencia).

## **5. El titular del derecho.**

En línea con la tendencia casi unánime en el Derecho comparado, y contemplada en el Convenio 205, el Proyecto reconoce el derecho a “todas las personas” (y ello pese a que el artículo 105.b habla de los “ciudadanos”): físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, públicas o privadas. No se exige acreditar interés o consignar interés alguno –lo que refleja el fundamento del derecho como medio de fomentar la participación ciudadana y el control del poder público, y no como instrumento para la tutela de derechos o intereses individuales y a su universalización, que llevan incluso a la admisión en no pocas normas en Derecho comparado, pero no en el Proyecto, de las solicitudes anónimas–. En realidad, ambas características son realidades inescindibles. En efecto, la no exigencia de motivación entronca con la propia naturaleza del derecho y de la idea de transparencia y control democrático, y ello priva de sentido a un requisito de nacionalidad o residencia que puede –donde se exige– orillarse sin esfuerzo alguno, y virtualmente ficticio en los casos de publicidad activa.

## **6. Limitaciones.**

En el Derecho comparado y en el Convenio 205 se establece una lista cerrada de excepciones, de aplicación restrictiva, que son en gran medida comunes a todos los sistemas, como comunes son las necesidades de compatibilizar transparencia y protección de intereses públicos y privados. Son en unos casos absolutas (impiden el acceso si puede poner en perjuicio determinados bienes o derechos) y en otros relativas (llaman también en esos casos a una ponderación entre esos bienes o derechos y el interés público en la divulgación de la información). El Convenio 205 y su Memoria explicativa disponen que la evaluación de riesgos puede llevarse a cabo caso por caso o bien de forma abstracta por el legislador, distinguiendo casos en los que el acceso se excluye incondicionalmente –que deben reducirse al mínimo– y otros en que hay que ponderar con el interés público en la transparencia. Además, los Estados pueden limitar temporalmente la aplicación de dichas excepciones.

El artículo 11 establece los límites al derecho de acceso, que suponen prácticamente una traducción de los posibles límites máximos previsto en el Convenio del Consejo de Europa. Son los siguientes: la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios (todos ellos excluidos tanto en el primer como el segundo Anteproyecto del propio concepto de “información pública” lo que fue objeto de crítica generalizada en la consulta, por los expertos y por el Consejo de Estado y se ha modificado en el Proyecto), la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial (éste no expresamente contemplado en el Convenio, aunque sí en diversas legislaciones nacionales, y que puede relacionarse con la protección de los intereses económicos o de la intimidad, según los casos), la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente. Son límites genéricos, que por serlo han sido objeto de alguna crítica, incluso del Consejo de Estado, que no comparto, pues es lo común en el Derecho comparado ante la imposibilidad e inconveniencia de intentar encerrar una realidad absolutamente plural en fórmulas más detalladas. Por lo demás, la procedencia de alguno de ellos es discutible (como el relativo a la política monetaria, una vez comunitarizada la moneda).

La aplicación de estos límites se contempla en términos de facultad discrecional (“el derecho de acceso podrá ser restringido”), sometida *al test* del perjuicio (“cuando la divulgación de la información suponga un perjuicio para”) y está sometida a un principio de proporcionalidad, que implica un principio de maximización del derecho que llega a que las restricciones tengan el mínimo alcance necesario (“la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de la protección”), lo que conecta con el principio de acceso parcial, conforme al cual en los casos en que la aplicación de alguno de los límites no afecte a la totalidad de la información se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido.

Además, en el segundo Anteproyecto se introdujo una última coletilla, presente en otros derechos, conforme a la cual la aplicación de los límites “atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”). La posibilidad de que incluso cuando su divulgación puede conllevar un perjuicio para los intereses antes reseñados pueda prevalecer el interés público superior en la di-

vulgación está contemplada en el Convenio del Consejo de Europa (y apuntada en su Memoria explicativa, núm. 37) y en múltiples legislaciones. Sin embargo la previsión de la posible prevalencia de un interés privado superior supone un grave desconocimiento del fundamento del derecho de acceso, que no es un derecho instrumental al servicio de la protección de otros derechos, sino un derecho autónomo al servicio de la transparencia, la participación y el control de la actuación pública, conectado con el Estado democrático y, por ende, al margen de cualquier distinción en función de la motivación que pueda tener el solicitante (que, por ello mismo, ni siquiera se exige). Dicho de otro modo, el único parámetro con el que confrontar la protección de los límites es el valor que para la sociedad tiene el conocimiento de la información, un juicio abstracto desvinculado por completo de la cualidad y motivación del solicitante. Lo que, por lo demás, hace que una vez concedido el acceso, la información pueda circular libremente en la sociedad y ser conocida por cualquiera (de hecho, diversos sistemas prevén la publicación automática de la información una vez entregada a uno o varios solicitantes). La previsión, pues, que perturba de forma grave el entero sistema y debiera eliminarse.

Por lo demás, el Proyecto no establece límites temporales absolutos a la vigencia de las limitaciones. En este punto, en el Derecho comparado unas leyes lo hacen y otras no, y el Convenio del Consejo de Europa, por ello, lo prevé como una mera posibilidad de los Estados. A mi juicio, resulta más flexible el principio general según el cual las limitaciones sólo rigen cuando en efecto la divulgación pueda provocar un perjuicio para los intereses protegidos, posibilidad que a menudo el paso del tiempo contribuye a minimizar o eliminar.

## **7. En particular, las relaciones entre transparencia y acceso a la información y protección de datos personales.**

El Proyecto dedica un precepto entero, el 12, un tema crucial al que he dedicado especial atención en diversos trabajos<sup>44</sup>, las relaciones entre transparencia y protección de datos, en que los principios generales que se extraen del Derecho comparado son los siguientes: preferencia de la normativa sobre transparencia y acceso cuando el solicitante es distinto del sujeto afectado, prevalencia de la privacidad cuando están en juego datos íntimos y de la publicidad cuando se trate

---

<sup>44</sup> Por todos, desde una perspectiva general, véase *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas, Madrid, 2009; y “Transparencia versus protección de datos” en BLASCO ESTEVE, A. (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2012, pp. 283-387

de datos relacionados con la organización, el funcionamiento o los gastos públicos (donde, por cierto, habría que entender incluidas las agendas de los altos cargos), todo ello salvo casos excepcionales, en los que prevalezca la protección de datos porque esté al servicio de valores superiores (como la propia integridad de las personas, en casos como el que comentamos en materia de publicidad activa en relación con los funcionarios de prisiones). Es más, buena parte de esta información ya es pública porque así lo disponen leyes sobre empleados públicos, contratación, subvenciones, régimen jurídico de las Administraciones Públicas – con el derecho a identificar a los funcionarios que tramitan un procedimiento, etc.- y, como vimos se someten ahora la obligación de publicidad activa. En los demás supuestos, debería procederse a una ponderación entre los derechos en juego y el valor de la información para la transparencia de la actividad pública. Además, es necesario establecer normas de procedimiento que permitan ponderar correctamente los intereses en juego en casos límite (dando audiencia a los afectados, sin por ello otorgarles un derecho de veto, y no facilitando la información hasta tanto la decisión sea firme). El primer y el segundo Anteproyecto se hacían eco de todos estos principios, en línea con el Derecho comparado. El único matiz es que se preveía que en los demás casos se otorgaría el acceso si tras una ponderación suficientemente razonada el órgano competente para resolver consideraba que no se perjudicaría con ello ningún derecho constitucionalmente protegido (siendo así que me parece debería más bien llamarse a una ponderación entre los derechos en juego y la transparencia, en la medida en que el derecho a la protección de datos es en sí un derecho autónomo constitucionalmente protegido, y no sólo un derecho un derecho instrumental, como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, en especial en la sentencia 292/2000, por lo que se incurría en una contradicción lógico-jurídica).

Pues bien, éste ha sido, con mucho, el precepto que ha sufrido una mayor transformación, entre el segundo Anteproyecto y el Proyecto enviado a las Cortes. Y dicha transformación ha sido consecuencia de la asunción prácticamente *in totum* y acrítica del informe de la Agencia Española de Protección de Datos, que incluso finaliza con una redacción alternativa del precepto que ha sido copiada en el Proyecto. Dicho informe, en realidad, aprovecha materiales de diversos informes anteriores, con el grave defecto de que se proyectaban sobre realidades particulares o, directamente, diversas, como fue el informe emitido el 25 de octubre de 2011 al que sería el RDA de 18 de noviembre de 2011 al que antes nos referimos, pensado en realidad en la lógica del acceso a documentos en archivos históricos por razones culturales, y no en el acceso a información “viva” para el conocimiento y control de la gestión pública. En su informe, la AEPD propone una mayor armonización de ambos bloques normativos, con resultados desiguales. En efecto:

– Se mantiene en el párrafo primero la previsión de que la norma aplicable con carácter general para resolver las solicitudes es la normativa sobre acceso (la AEPD pretendía que se añadiera que también la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, LOPD, pero no se ha incorporado, a mi juicio correctamente, pues la mención oscurecía el sentido de la previsión), salvo cuando la información solicitada contenga sólo datos referidos al solicitante, en cuyo caso estará ejerciendo el también llamado “derecho de acceso” de la normativa sobre protección de datos y se aplicará este bloque normativo, si bien se ha añadido que ello “sin perjuicio de que, en este caso, el otorgamiento del acceso permita el conocimiento por el solicitante no sólo de los datos que contenga la información de los que sea titular, sino de esta en su totalidad”<sup>45</sup>. Lo cierto es que lo que pretendía esta previsión era simplemente aclarar algo ya asentado en el Derecho comparado, pero que inicialmente generó controversias en diversos países: que las solicitudes de acceso a la información se tramitan y resuelven conforme a lo dispuesto en el Proyecto, sin perjuicio del también llamado “derecho de acceso” del titular a sus propios datos que, integrante de los llamados derechos “ARCO” (acceso, rectificación, cancelación y oposición) establece en el artículo 15 de la (LOPD). Este derecho se puede ejercitar tanto frente a responsables de ficheros públicos como privados, y se refiere a la información de los datos sometidos tratamiento, su origen y las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos, con una regulación del plazo para otorgarlo y la prohibición, de ejercitarlo por intervalos inferiores a doce meses salvo que se justifique un interés legítimo. Este también llamado derecho de acceso se desarrolla en los artículos 27 a 30 del Reglamento de desarrollo de la LOPD y su denegación es impugnabile ante la correspondiente Agencia de Protección de Datos. El artículo 27.3 prevé expresamente que “El derecho de acceso es independiente del que otorgan a los afectados las leyes especiales y en particular la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. No precisa si se refiere al derecho del 35.a) (“a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que se tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”) o del 35.h) (“al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la constitución y en ésta u otras leyes”, desarrollado hasta hoy en el artículo 37 de dicha Ley y en el futuro en el Proyecto que ahora estudiamos.

---

<sup>45</sup> En realidad la AEDPD propuso que se permitiera no sólo el conocimiento de los datos contenidos en el documento (que, junto a las cesiones que se hayan hecho de ellos, es lo que prevé la LOPD), sino del documento mismo en que aquéllos conste, para que esta previsión no pusiera al propio titular de los datos en una posición inferior al de cualquier solicitante de acceso a la información, y el redactor del Proyecto lo ha traducido en clave de “información” en lugar de “documento”.

Lo cierto es que la redacción final podría mejorarse para aclararse el principio, simple, que pretende establecerse, de aplicabilidad a las solicitudes de información de este género de la normativa sobre acceso a la información incluso si se trata de una solicitud formulada por una persona que pudiera aparecer citada en dicha información.

– En el apartado segundo se ha introducido una matización, distinguiendo dentro de los datos especialmente protegidos los del artículo 7.2 LOPD (ideología, afiliación sindical, religión y creencias), cuyo acceso por terceros sólo cabe con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, salvo que previamente los haya hecho manifiestamente públicos; y los del artículo 7.3 LOPD (origen racial, salud y vida sexual) o datos relativos a infracciones penales o administrativas que no conlleven amonestación pública al infractor, en cuyo caso el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si estuviera amparado por una norma con rango de Ley.

– En el caso de los documentos que contengan datos “meramente identificativos” relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, con carácter general se concederá el acceso a la información, salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación<sup>46</sup>. Aquí la única adición es la mención a los datos “meramente identificativos”, que puede complicar el entendimiento del precepto. La AEPD intenta una interpretación integradora de los bloques normativos de protección de datos y acceso a la información, siendo así que en materia de protección de datos, el Reglamento de desarrollo de la LOPD (por cierto, extralimitándose e invadiendo la reserva de ley), en línea con la interpretación de la propia AEPD y por su iniciativa, excluyó en su artículo 2.2 del concepto de dato personal los meramente identificativos de las personas físicas en cuanto trabajadores (nombres, apellidos, funciones, dirección, teléfono...) y los datos de empresarios individuales en su condición de tales. Pero el sentido de la transparencia es más amplio, y el de este precepto (inspirado en una regla general en el Derecho comparado) es precisamente que la presencia del nombre de una persona no puede impedir que se conozcan datos relevantes sobre la actuación pública: no sólo identificativos de funcionarios o autoridades, sino relativos a las decisiones

---

<sup>46</sup> En este punto el Consejo de Estado sugería modificar la referencia al interés público por otra al “interés legítimo en el acceso”, lo que supone un entendimiento erróneo de la naturaleza del derecho de acceso.

públicas que adoptan que, a su vez, a menudo implica la mención de nombres de terceras personas (contratistas, beneficiarios de subvenciones, de licencias...).

– Fuera de estos casos, se mantiene una correcta regla de ponderación del interés público en la divulgación y los derechos de los afectados, en particular su derecho a la protección de datos (en realidad, debería ser sólo éste, pues los demás ya están cubiertos por otras excepciones). La novedad es que la AEPD ha querido, con “buena voluntad” rellenar la ley con criterios ponderativos, lo cual resulta encomiable si son atinados, pero puede llegar a desmontar el sistema legal, si son erróneos. Y para ello se ha valido de criterios “por arrastre” derivados de informes previos. Veamos:

Por una parte, criterios extraídos de su análisis de 2011 de la normativa sobre patrimonio histórico y archivos. Así, el menor perjuicio de los afectados derivados del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Dicho artículo, como vimos, rige a día de hoy el acceso a los archivos que no tengan la consideración de archivos de gestión, y, si el Proyecto se mantiene en sus términos, se mantiene vigente *y excluye la aplicación para el resto de archivos de la normativa sobre acceso a la información que se pretende aprobar*. Por ello mismo, parece inoportuna esta remisión, por lo demás compleja<sup>47</sup>. Menos justificado aún y más grave en lo que supone de torpedo a la línea de flotación del derecho de acceso como derecho autónomo vinculado a la ciudadanía y la igualdad de todos en el conocimiento de la información pública es el segundo criterio previsto, conforme al

---

<sup>47</sup> El artículo 57 prevé que los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole 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, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos. Esta disposición ha sido un auténtico enigma en cómo interpretarla y articularla y el RDA de 2011 ha intentado “aclararla” disponiendo que si el dato del fallecimiento no consta, el interesado debe aportar certificación expedida por el Registro Civil, y que si no es posible conocer la fecha o el hecho del fallecimiento y el documento tiene una antigüedad superior a cincuenta años “el acceso se concederá si, atendidas las circunstancias del caso, se entiende razonablemente excluida la posibilidad de lesión del derecho a la intimidad personal y familiar o el riesgo para la seguridad del afectado y siempre de conformidad con la normativa sobre protección de datos” (art. 28.3), a la vez que dispone que si se trata de documentos nominativos o meramente identificativos que no afectan a la seguridad o la intimidad, es posible acceder cuando el titular haya fallecido o el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo en el acceso, que se entenderá existente en quienes lo soliciten para el ejercicio de sus derechos y los investigadores que acrediten que el acceso se produce para una finalidad histórica, científica o estadística (art. 28.3).

cual se tomará en consideración “la justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la consideración de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos”. Como antes dijimos, ello supone un desconocimiento grave del sentido del derecho e introduce principios de diferencia de trato en función de la cualidad del solicitante y de justificación de intereses particulares (culturales, siendo así que, además, el Proyecto no se aplica a archivos que no sean de oficina o gestión...) ajenos a la lógica del derecho y del resto del articulado del Proyecto<sup>48</sup>. Sería muy importante suprimir esta previsión.

Por otra, el tercer y cuarto criterios se refieren al “menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativos de aquéllos” y a “la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o seguridad”. Ambos son en realidad redundantes con los principios generales, y en esta medida casi superfluos, sólo que ahora se expresan en terminología propia de las leyes de acceso y no en la de protección de datos. Puesto que no hay una identificación plena, sino sólo tendencial, entre datos especialmente protegidos y datos íntimos, bien podrían, no obstante, mantenerse si contribuyen a aclarar los criterios de ponderación.

Se ha aclarado también que no es necesaria esta ponderación si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas. En realidad, es tautológico, en la medida en que en ese caso dejan de ser datos personales (“referidos a perso-

---

<sup>48</sup> Así por ejemplo, en la jurisprudencia de un país señero en la materia, como los Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha aclarado que debe identificarse si en efecto la divulgación sería una amenaza para la privacidad, pues de lo contrario no es necesario proseguir el análisis y la información debe ser divulgada. A continuación, ha de analizarse si concurre un interés público en el conocimiento de la información, pues en caso negativo, el acceso debe denegarse. Si constata el posible perjuicio para la privacidad y el interés público de la información, el Tribunal Supremo ha sentado el principio según el cual la apreciación del interés público contrapuesto a la privacidad ha de hacerse en términos objetivos, esto es, en función de la naturaleza de la información y su idoneidad para contribuir a la transparencia y control de la actuación administrativa. Por tanto, el interés personal del solicitante es irrelevante, lo que implica que la Administración debe tratar de igual modo a cualquier solicitante respecto de la misma información (salvo aquella en que el solicitante sea el propio afectado). Es más, ha de hacerse abstracción de la finalidad particular del solicitante, y focalizar en la naturaleza del documento solicitado y su relación con el interés público general, y los posibles efectos de la divulgación en el público en general. Se excluye, por tanto, la información solicitada para obtener o complementar pruebas para un proceso judicial privado, para cuyo acceso han de utilizarse los cauces oportunos dentro del proceso judicial. Esta perspectiva tiene además como consecuencia la de facilitar un criterio que permite también su aplicación a categorías abstractas de documentos. El *leading case* lo constituye la sentencia de 1989 dictada en el asunto *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press* [489 U.S. 749 (1989)].

nas identificadas o identificables”), pero si contribuye a orientar a los aplicadores de la norma hacia esta modalidad de acceso parcial, conocida de muchas normas sobre acceso en el Derecho comparado, puede ser bien recibido. En efecto, en muchas ocasiones, basta la disociación para conseguir un correcto equilibrio entre transparencia y protección de datos<sup>49</sup>.

Finalmente, se han mantenido la previsión de que la normativa sobre protección de datos personales es de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso, que, aunque sea innecesaria, contribuye a reforzar la integración de ambos bloques normativos<sup>50</sup>.

## **8. Procedimiento y organización.**

El Derecho comparado pone de relieve la necesidad de diseñar un procedimiento simple, ágil y económicamente asequible para todos los ciudadanos, pues está en juego precisamente su participación efectiva en la vida democrática y la información requiere para ser útil inmediatez.

El Proyecto, estimo, regula de forma muy convincente el procedimiento. Establece libertad de medios para la solicitud, bastando con que conste la identidad, la información que se solicita, una dirección de contacto a efecto de comunicaciones, preferentemente electrónica, y en su caso la modalidad de acceso que se prefiera. Las solicitudes no requieren motivación, que es meramente opcional. He defendido en otros trabajos que se trata de una previsión sana, la de permitir expresar los motivos, para una mejor ponderación del interés para el público que puede tener la información. En esa medida, la solución me parece acertada, si bien no su formulación (“el solicitante podrá incluir los motivos por los que solicita la información y que deberán ser tenidos en cuenta cuando se dicte resolución”), ya que, como vimos, si algo deja claro el Derecho comparado es que los motivos que cada persona pueda tener para so-

---

<sup>49</sup> Por ejemplo, con carácter general, para controlar la correcta evaluación de pruebas de oposición, y con ello, la vigencia del acceso por mérito y capacidad, basta comparar el contenido de varios que hayan exámenes que hayan obtenido la misma calificación, sin necesidad de conocer la concreta identidad de las personas que los hayan realizado.

<sup>50</sup> Además se ha añadido, a sugerencia de la AEPD, una disposición adicional quinta sobre colaboración con la AEPD, que prevé que ésta y ATEVAL adopten conjuntamente las resoluciones que sean necesarias a fin de determinar los criterios de aplicación de estas reglas, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en esta norma y en la LOPD.

licitar información no han de ser tenidos en absoluto en cuenta para la decisión, que es un juicio abstracto, desvinculado de la identidad del solicitante, que deben ponderar los derechos o bienes afectados con el interés público de la generalidad de los ciudadanos en la divulgación de la información. La redacción acogida por el Proyecto es, cuanto menos, ambigua, y podría ser susceptible de una interpretación referida a los motivos personales de cada solicitante que desenfocara el entero edificio de la transparencia.

Acoge causas de inadmisión, mediante resolución motivada, que incluyen la información que no obra en poder del órgano al que solicita cuando se desconozca el competente (pues, de conocerse, debe reenviársele la solicitud; sin embargo, el 15.2 dispone que en el caso de que se inadmita una solicitud por esta causa, el órgano que acuerde la inadmisión debe indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud, lo que parece un contrasentido); o las manifiestamente repetitivas o abusivas (algo común en muchas normas de otros países). Ahora bien, también incluye la relativa a información exceptuada del derecho de acceso (con la crítica que antes formulé) y la que afecte a una pluralidad de personas cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición, en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución, caso éste en el que lo procedente sería más bien que resolviera el órgano competente ponderando en abstracto sin audiencia de los afectados (que por lo demás, como dije, carecen de derecho de veto).

La tramitación es ágil y *pro actione*, reenviando la solicitud al órgano que posee la información cuando se conoce o cuando haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, y solicitando precisiones en casos de solicitudes demasiado imprecisas y con un plazo para que los terceros afectados formulen alegaciones (no sólo puede estar en juego la protección de datos, sino la propiedad industrial, el secreto comercial, etc.). El plazo de resolución se mueve dentro de parámetros comparados razonables: de un mes desde la recepción, ampliable por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario, previa notificación al solicitante, añadido propuesto por el Consejo de Estado. Han de ser motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero. Las resoluciones deben notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado (parece un tanto restrictivo exigir una petición expresa de un tercero que no tiene por qué conocer esta exigencia, por lo que debería en ese caso verse que se le informe de esta posibilidad).

Especial atención merece el tema del silencio, que se prevé como negativo, lo que ha sido objeto de numerosas críticas, en particular, por organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación. Críticas a mi juicio absolutamente injustificadas. Me atrevo a afirmar que en esta materia sólo cabe razonablemente esta solución (al menos si queremos seguir teniendo Estado y derechos constitucionales). No parece casual que sea la acogida por la práctica generalidad de leyes de acceso a la información en el Derecho comparado. ¿Acaso la sociedad estaría dispuesta a que por el mero transcurso del plazo para recurrir hubiera que desvelar planes de lucha contra el narcotráfico o el historial clínico de cualquier ciudadano? El tema no merecería detenerse en él si no fuera, como digo, por las críticas recibidas, que desconocen que el silencio no es una opción, sino una garantía frente al incumplimiento de una obligación, o la propia naturaleza del silencio positivo como auténtico acto declarativo de derechos que, en caso de no hacerse efectivos, cabe reclamar judicialmente sin que el tribunal pueda entrar en el fondo del asunto. Como medida pedagógica y de “fomento” del cumplimiento, sugerí en la comisión de expertos una mención específica a las sanciones disciplinarias ante incumplimientos reiterados, que ha sido acogida como infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.

En caso de concederse el acceso, se opta por la modalidad electrónica salvo petición en contrario, lo que me parece razonable siempre, claro, que se haya consignado una dirección electrónica en la solicitud. Cuando la información ya ha sido publicada, basta como indicar al solicitante cómo puede acceder a ella (podría añadirse, siempre que esté razonablemente disponible, como hacen algunas normas de otros países). El acceso es gratuito, si bien la expedición de copias o la transposición de la información a un formato diferente al original pueden dar lugar a la exigencia de exacciones. Un problema que no podemos abordar aquí, pero de gran interés, es la no evidente articulación de esta ley con la normativa estatal sobre reutilización de la información pública con fines comerciales, regulada en una Directiva comunitaria, ahora en revisión, y adaptada en España por la Ley 37/2007, de 16 de noviembre.

Para hacer efectiva la gestión de la información conforme a este procedimiento, el Proyecto obliga a todas las Administraciones Públicas incluidas en su ámbito de aplicación a establecer sistemas para integrar la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el funcionamiento de su organización interna. Se trata de un principio muy general acorde con la naturaleza básica de la norma y la competencia de cada Administración para autoorganizarse, introducido de hecho en el segundo Anteproyecto. Para la AGE, se pre-

vé la creación de Unidades especializadas de Información, competentes para recabar y difundir la información sometida a publicidad activa, recibir y dar tramitación a las solicitudes de acceso a la información, realizar los trámites internos necesarios para dar acceso a la información solicitada, realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes de acceso a la información; llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información; asegurar la disponibilidad en la respectiva página web o sede electrónica de la información cuyo acceso se solicita con más frecuencia; mantener actualizado un mapa de contenidos en el que queden identificados los distintos tipos de información que obre en poder del órgano (estas dos últimas introducidas en la segunda redacción) así como todas aquellas funciones que sean necesarias para asegurar una correcta aplicación de las disposiciones de esta Ley. Aunque el Proyecto no incardina estas Unidades de Información en ningún órgano concreto, parece que, habida cuenta sus competencias generales en materia de información y coordinación, las Subsecretarías están llamadas a integrar a dichas Unidades. El resto de entidades son libres para establecer su organización, siempre que identifiquen claramente el órgano competente para conocer de las solicitudes de acceso. Junto a las unidades especializadas, cabe reseñar que el Derecho comparado conoce otras técnicas organizativas, formativas y de difusión al servicio de la efectividad del Derecho, incluidas la edición de guías ciudadanos que acerquen de forma pedagógica y con un lenguaje llano el contenido del derecho al ciudadano medio o la llevanza y publicidad electrónica de registros de documentos que permitan búsquedas con criterios sencillos.

## 9. Garantías.

Las resoluciones en materia de acceso ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de una importante novedad incorporada en el segundo Anteproyecto, que sugerí en el comité de expertos, pues la primera redacción remitía al régimen general de los recursos administrativos, y, por ende, a la necesidad de interponer recurso de alzada si se trataba de decisiones que no agotaban la vía administrativa, lo que podía suponer, por una parte, una dilación mal avenida con la necesidad de respuesta rápida que caracteriza el mundo informacional (conocer para participar y controlar) y, por otra, el riesgo de que, en caso de silencio en vía recurso de alzada frente a un silencio en vía de solicitud se produjera el silencio positivo previsto en el artículo 43.1 LRJAP-PAC, indeseable por las razones obvias antes enunciadas. Habría que eliminar, sin embargo, la referencia a la “vía administrativa”, que habida cuenta que en algunas ocasiones no está en juego por tratarse de sujetos obligados que no tienen esa naturaleza, es técni-

camente defectuosa (o bien añadir un “en su caso”). En esta línea, obsérvese que se unifica la competencia en la jurisdicción contencioso-administrativa (siendo así que algunas decisiones pueden provenir de sujetos privados, como las sociedades mercantiles de capital mayoritario público) lo que me parece acertado y coherente con la noción funcional que se va imponiendo en el Derecho administrativo, si bien plantea si no sería conveniente aclarar esta cuestión también en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y evitar así posibles conflictos con el orden jurisdiccional civil. Se prevé por lo demás, acertadamente, que si ha existido oposición de tercero el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información. Habría de añadirse, por sentencia firme, pues cualquier concesión de información hace que un posterior recurso contra la sentencia que reconoce el derecho pierda su objeto, al haberse divulgado ya la información.

Cabe (potestativamente) interponer una reclamación previa a la vía contencioso-administrativa ante un órgano independiente<sup>51</sup>, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o a aquel en que se produzcan los efectos del silencio (esto último choca con la doctrina constitucional que declara siempre abierto el plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio), con audiencia de los terceros afectados. El plazo de resolución es tres meses por sugerencia del Consejo de Estado, por asimilación del plazo para la resolución de los recursos de alzada, mientras que el previsto en el primer y el segundo Anteproyectos era de un mes. Este alargamiento del plazo es difícil de juzgar; en sin duda un retroceso en la efectividad del derecho en relación con lo antes previsto, pero si resulta en realidad más realista, contribuye a que los asuntos obtengan una resolución expresa en plazo, y evita la posibilidad de frecuentes silencios por desbordamiento ante los que solo quepa acudir a los tribunales contencioso-administrativos no me parece inasumible.

Esta reclamación es sustitutiva de los recursos administrativos procedentes (que no siempre caben, como dijimos, pues no siempre se trata de decisiones administrativas) de conformidad con la posibilidad que al respecto abre el artículo 107.2 LRJAP-PAC. Esta vía es clave para la efectividad del derecho ya que la respuesta a las reclamaciones de información o es rápida y gratuita o,

---

<sup>51</sup> Salvo en el caso de las decisiones de los órganos constitucionales y estatutarios no administrativos mencionados en el art. 2.1.f) del Proyecto, para evitar que una Administración controle actos de este tipo de órganos.

en buena medida, “no es”. Máxime cuando, como hemos señalado, el Proyecto no ancla el derecho de acceso en la libertad de información y, por ello mismo, no implica su protección judicial por procedimiento sumario de protección de los derechos fundamentales regulado en los artículos 114 a 123 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se prevén mecanismos para dar audiencia a los afectados, si los hubiere.

Ahora bien, ha de advertirse que un punto débil del Proyecto es cuál sea la autoridad independiente competente en el ámbito estatal, prevista en su art. 21. En el Derecho comparado, al margen de la garantía judicial última y de la posibilidad de queja ante el Defensor del Pueblo, las normas sobre transparencia de las últimas décadas han incorporado la creación de una autoridad independiente, unas veces con competencias exclusivas en materia de acceso a la información (Francia, Portugal, Italia, por ejemplo) y otras unificadas con la materia de protección de datos (Gran Bretaña, Alemania, Suiza, por coger ejemplos cercanos). Se dan además diversas combinaciones: órganos de nombramiento parlamentario o gubernamental, unipersonales o colegiados, con poder para dictar recomendaciones o para ordenar la entrega de información. En otros trabajos he puesto de manifiesto los pros y los contras que en nuestro Derecho podrían tener ambas opciones. La unificación de competencias en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que figuraba en proyectos normativos del anterior Gobierno y que ha sido defendida por múltiples expertos y organizaciones no gubernamentales, tendría ventajas como son, fundamentalmente, la posibilidad de dar una respuesta unitaria y coherente a la publicidad de información que contiene datos personales, aparte de apoyarse sobre una Institución ya existente, sólida y con importantes poderes. Ahora bien, cuenta a mi juicio con los siguientes inconvenientes: a) la AEPD tiene un conocimiento especializado en protección de datos. Por tanto, la materia de acceso a la información pública le es ajena, salvo en lo tocante a su conexión con los datos personales. En particular, no pertenecen a su acervo de conocimientos las materias que se anudan a otro tipo de limitaciones al acceso (relaciones exteriores, seguridad pública, persecución de los delitos...); b) la AEPD ejerce sus competencias no solo respecto a entidades públicas, sino también respecto a sujetos privados, pues a ambos se le aplica la LOPD, mientras que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública tiene como obligados a sujetos públicos y solo excepcionalmente a sujetos privados cuando ejercen funciones públicas, por lo que los sujetos controlados bajo una y otra ley son diferentes; c) la AEPD tiene ya una importante carga de trabajo, pues su competencia se extiende a todos los ficheros públicos salvo los autonómicos y locales de Comunidades Autónomas que hayan creado sus propias agencias y a todos los privados, cualquiera que sea el lugar donde están ubicados, junto con competencias sobre vi-

deovigilancia o sociedad de la información; y d) la AEPD ha nacido como institución especializada en la protección de los datos. Al extender su competencia a la información, se corre el riesgo (que se ha hecho sentir en otros sistemas) de que continúe actuando en una lógica “defensiva” y lleve a cabo por ello una interpretación restrictiva del principio de transparencia y publicidad cuando la información contiene datos personales, lo que me parece un potencial inconveniente que no conviene desdeñar. En caso de que se hubiera decidido atribuirle la competencia sobre transparencia y acceso a la información, habría, pues, que intentar combatir las mencionadas desventajas. Respecto a los dos primeros puntos, sería necesario fijar que la Agencia integrara claramente la idea de que en adelante es una entidad de transparencia y protección de datos. Se requeriría una nueva cultura que fuera acompañada de una nueva organización interna que reflejara esta dualidad y, en su caso, de un reciclaje formativo de una parte de su personal. En relación con los dos últimos aspectos, sería necesario dotar a la Agencia con un incremento de medios personales y tal vez materiales, e incidir en la formación sobre las nuevas materias. Parece claro que ello no implicaría una duplicación de costes, y que, por tanto, no quedaría anulado el objetivo de ahorro presupuestario, pero sí hay que asumir que no se puede extender la competencia de la AEPD con coste cero.

En todo caso, el Proyecto no ha mirado hacia la AEPD. Tampoco ha querido crear una nueva Institución, algo difícil de vender políticamente en estos tiempos, como se puede incluso leer entre líneas en la Exposición de Motivos (“en aras de la necesaria austeridad exigida por las actuales circunstancias económicas”; obviando por lo demás que el gasto en una Institución que haga eficaz la transparencia, siendo limitado, redundante entre otros, en una mejor gestión de los recursos públicos) sino que ha decidido atribuir su competencia a una ya existente: la Agencia Estatal ahora denominada de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios (la actual AEVAL). La opción en sí, pese a constituir una singularidad hispana, no parece del todo desenfocada, puesto que, en efecto la transparencia tiene directa relación con la evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios, si bien resulta cuestionable que esta Institución esté preparada para cumplir ambos cometidos y necesitará, en todo caso, una auténtica refundación, con incorporación de personal y con un importante esfuerzo de formación de sus recursos humanos. Lo que me parece más importante (o al menos, tanto como lo anterior) es analizar si en efecto estamos en este caso ante una auténtica Institución independiente, como exige la Ley. En principio, no cabe llegar a esa conclusión, puesto que, a diferencia de la AEPD, AEVAL no tiene la consideración de Administración independiente, sino de Agencia de las reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los ser-

vicios públicos, que la adscribe al Ministerio de Administraciones Públicas (hoy, de Hacienda y Administraciones Públicas). Su Estatuto (Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre) establece, no su independencia, sino su más limitada “autonomía de gestión y funcional dentro de los límites establecidos por la Ley de Agencias Estatales y por este Estatuto”, y una estructura orgánica integrada por dos órganos de gobierno: el presidente, nombrado y separado libremente por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de las Administraciones Públicas, y el Consejo Rector, órgano de gobierno colegiado de composición mayoritariamente interministerial y entre cuyas funciones están, destacadamente, el seguimiento, supervisión y control superior de la actuación de la Agencia o el nombramiento del personal directivo, que no es por tanto equivalente, ni en su composición ni en sus funciones al Consejo Consultivo de la AEPD. A mi juicio, es ésta una de las más importantes fallas del Proyecto. Ciertamente, el Proyecto modifica la regulación legal para introducir un derecho de veto de la propuesta gubernamental de nombramiento del Presidente, por mayoría absoluta de la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados. Ciertamente también, a resultas de diversas críticas en la prensa y en la comisión de expertos, entre ellas las por mí formuladas<sup>52</sup> acerca de la incompatibilidad de la libre remoción del Presidente y de la configuración interministerial de su órgano de gobierno, el segundo Anteproyecto dispone ahora causas tasadas para el cese del Presidente, alineándolo ahora con el “blindaje” del propio Director de la AEPD o de los miembros de los organismos reguladores. No obstante, nos parece que sería necesario regular también una nueva composición y funciones del llamado “Consejo Rector”, que debiera pasar a ser un órgano consultivo a semejanza de lo que ocurre con la AEPD, si se mantiene la atribución de esta competencia a la actual AEVAL. A mi juicio, sería la solución menos mala dentro del esquema adoptado, pues, como he defendido en otros trabajos, la estructura más idónea, habida cuenta la necesidad de dotar a la institución de la máxima independencia, del carácter complejo y polémico de muchas cuestiones ponderativas que se suscitarán y de la importancia del poder otorgado el órgano, que puede revocar una decisión de las más altas instancias políticas, sería en el ámbito estatal una institución colegiada de nombramiento parlamentario de acceso a la información.

Predicar con el ejemplo es en este caso tanto más importante por cuanto el Proyecto impone la solución de la existencia de un órgano independiente respecto de todas las Administraciones, no sólo de la estatal, entendimiento éste que, me parece, explica la apelación al 149.1.1<sup>a</sup> CE como título competencial de refuerzo. Sigue así el modelo adoptado en materia de protección de datos,

---

<sup>52</sup> “Transparencia: la hora de la verdad”, en Diario ABC de 30 de abril de 2012.

bendecido por la STC 290/2000, aunque sólo parcialmente, dado que, a diferencia de lo que ocurre en esa materia, en el caso de la transparencia y el acceso a la información la Agencia estatal es competente para conocer reclamaciones contra actuaciones fuera del ámbito de la AGE en caso de falta de creación de su propio órgano independiente sólo si se suscribe el correspondiente convenio con la AGE, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Por tanto, las Comunidades y Ciudades Autónomas pueden, o bien suscribir convenios, o bien están obligadas a determinar (antes del plazo de un año de *vacatio legis* fijado en el Proyecto) el órgano independiente competente para la resolución de las reclamaciones “en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, sus Asambleas Legislativas y las instituciones autonómicas análogas al Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas Defensor del Pueblo, así como en los de resoluciones dictadas por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial”. Obsérvese que en el caso de las Entidades Locales, el Proyecto opta por una solución similar a la contenida en la LOPD, la de atribuir la competencia a un órgano independiente autonómico. Dicho órgano, por cierto, bien podría ser la Agencia autonómica de Protección de Datos (las existentes, Madrid, Cataluña y el País Vasco) o las que puedan crearse haciendo virtud de la necesidad de crear un órgano independiente (salvo convenio con la AGE). Y ello por cuanto la unificación de competencias estaría más claramente justificada en el caso de las agencias autonómicas, en la medida en que muchos de esas desventajas no concurren o lo hacen en menor medida<sup>53</sup>.

La cuestión es sumamente relevante desde el punto de vista de la autonomía decisional porque la competencia más importante de estos órganos independientes (al margen de la elaboración de informes anuales y otras) es la resolución de reclamaciones, que, tal y como están configuradas en el Proyecto y

---

<sup>53</sup> En efecto: a) en el ámbito autonómico, la protección de datos es la principal limitación a la transparencia, dado que muchas de las restantes son en principio ajenas al ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas; b) el modelo de agencias autonómicas está aún, en gran medida, por desarrollar, pues, si bien han sido incluso previstas en la mayor parte de la nueva generación de estatutos de autonomía, la realidad es que por el momento sólo se han creado tres, la madrileña, la catalana y la vasca, por este orden temporal, todas ellas, además, más recientes que la española, por lo que es posible aún crear o adaptar (en estos tres casos) una institución que responda plenamente a esta doble lógica ponderada de la publicidad y de la privacidad; c) las Agencias autonómicas ejercen sus funciones exclusivamente sobre ficheros públicos. De este modo, y a partir de una concepción funcional del ejercicio de funciones públicas tanto en materia de acceso a la información como de protección de datos, se llega a una potencial coincidencia en el ámbito de los sujetos obligados; d) finalmente, y como consecuencias de las tres características diferenciales apuntadas, la carga de trabajo de las agencias autonómicas es inferior, por lo que podrían asumir razonablemente la competencia en materia de acceso a la información.

aunque no se diga expresamente, ha de entenderse que tienen valor ejecutivo y obligan, pues, en su caso, a facilitar la información que haya sido erróneamente denegada. Así se deriva de su regulación, en la que aparece como sustitutiva de los recursos administrativos y como previa a la vía contencioso-administrativa y de la atribución de sentido desestimatorio al silencio, si bien el Proyecto podría haber sido más claro, como de hecho se sugirió en la consulta pública. En el ámbito estatal, se atribuye la competencia para dictarla al Presidente, un poder realmente importante en manos de una sola persona<sup>54</sup>.

## 10. Coda: el margen de actuación de las Comunidades Autónomas.

Las Comunidades Autónomas (y las entidades locales) han estado al margen del proceso de elaboración de esta norma (como apuntó, críticamente, el dictamen del Consejo de Estado) pero están llamadas a desarrollarla y aplicarla, pues sus Instituciones y sujetos vinculados a ellas figuran entre los obligados por la ley en los mismos términos que sus equivalentes de ámbito estatal.

El Proyecto de Ley ha hecho un entendimiento muy amplio de la competencia para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, de modo que casi toda la regulación tiene carácter básico, incluidas las disposiciones sobre procedimiento, incluidos el plazo y el sentido del silencio. Sólo ha excluido de dicho carácter:

– La regulación del Portal de Transparencia de la AGE. No obstante, se dispone, como vimos, con carácter básico, que la información sujeta a las obligaciones de transparencia sea publicada en las correspondientes sedes electrónica y páginas web de manera clara, estructurada y entendible para los interesados, con mecanismos para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como la identificación y localización, así como la accesibilidad para personas con discapacidades. Igualmente se prevé como básico que todas las Administraciones pueden adoptar medidas complementarias y de colaboración para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia.

---

<sup>54</sup> Se afirma de forma tangencial, al disponer que “El Presidente de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo y elaborará anualmente una memoria en la que se analice el cumplimiento de las disposiciones contenidas en este Título”.

– La regulación de las Unidades de Información, si bien se prevé como básico que las Administraciones deben establecer sistemas para integrar la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el funcionamiento de su organización interna e identificar claramente el órgano competente para conocer de las solicitudes de acceso.

– Finalmente, la disposición adicional cuarta prevé que la reclamación prevista en el artículo 21 ante ATEVAL, en el ámbito estatal, corresponderá, en el caso de las Administraciones autonómicas o locales, u otros sujetos a ellas vinculadas y sometidos a esta norma, al órgano independiente que determinen las respectivas normativas autonómicas (o acuerden las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla). También pueden optar por atribuir esta competencia a ATEVAL, celebrando a tal efecto el correspondiente convenio con la AGE, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Esta previsión, en todo caso, de la existencia de un órgano independiente de control como garantía objetiva del derecho parece apoyarse en el título competencial del artículo 149.1.1 CE, análogamente a como sirvió en la LOPD para justificar la necesaria existencia de un órgano independiente de control, la AEPD, con competencia para el control de todos los ficheros privados y de los ficheros públicos estatales, así como, en caso de inexistencia de autoridades independientes de control autonómicas, del resto de ficheros públicos. No obstante, obsérvese, este título competencial se invoca sin que se reconozca el carácter de derecho fundamental del derecho de acceso y, por ende, en una ley toda ella ordinaria (a diferencia de lo que ocurre en el caso del derecho fundamental a la protección de datos, posibilidad que no es pacífica en la jurisprudencia constitucional).

El retraso en la aprobación de la Ley estatal sobre Transparencia y Acceso a la Información ha hecho que diversas Comunidades Autónomas hayan tomado la delantera, aprobando sus propias leyes sobre la materia. Es el caso de la Galicia (Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega), Baleares (Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares) o Navarra (Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto). En otros casos, la iniciativa se encuentra actualmente en el Parlamento autonómico (Propuesta de Ley de Gobierno Abierto de Extremadura, formulada conjuntamente por todos los grupos parlamentarios, BOAE núm. 236 de 10 de octubre de 2012). En otros, las iniciativas se frustraron por adelantos electorales, pero se anuncia que se retomarán por el nuevo Gobierno (es el caso de País Vasco y Cataluña). Finalmente, otros Gobiernos autonómicos han anunciado su voluntad de mandar al Parlamento sus propios proyectos de Ley (es el ca-

so de Andalucía, Canarias, Castilla y León, Aragón...). A ello se le suman iniciativas de diversos grupos parlamentarios en otras Comunidades (como en la Comunidad Valenciana), que sin duda servirán para espolear a sus Gobiernos a tomar la iniciativa.

Hay que decir que estas leyes autonómicas tienen una muy desigual amplitud en su objeto regulatorio. Las más modernas comienza a inscribirse en el concepto más amplio de Gobierno Abierto, contemplado como una nueva forma de gobernanza participativa basada en el permanente flujo de información y puntos de vista a través de canales multidireccionales entre la Administración y los ciudadanos. O bien, en esta línea y un sentido más restringido, acogen la idea del *open data* entendido como puesta a disposición de la sociedad de la información en poder de la Administración en formatos reutilizables para que pueda ser importada y tratada por empresas, periodistas, ONGs y ciudadanos en general, para la “puesta en valor” mediante el cruce de información, el desarrollo de aplicaciones, etc. (en directa conexión con la normativa sobre reutilización de la información pública, regulada con carácter básico en la Ley de 2007, ley que se modificará en el futuro cuando se apruebe la nueva Directiva comunitaria sobre reutilización)<sup>55</sup>.

Una vez que se apruebe es de prever la aprobación de leyes (los antecedentes que acabamos de reseñar permiten aventurarlo) e incluso la necesaria adaptación de las ya aprobadas a las bases estatales. Queda en el margen de actuación de las Comunidades Autónomas decidir la amplitud de sus Leyes (de Transparencia y Acceso a la Información, de Buen Gobierno, de Gobierno Abierto, de Reutilización y Datos Abiertos, de Participación, de todo ello o de cualquier combinación...) y hacerlo, esperemos, de forma realista y coherente con el marco básico estatal.

---

<sup>55</sup> Así, convencionalmente podría decirse que la Ley gallega de 2005 es una ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno; que la Ley balear de 2011 es una ley de administración electrónica, transparencia, buen gobierno, evaluación y calidad de las políticas públicas; que la Ley Navarra de 2012 es una ley de gobierno abierto, que incluye la transparencia, la participación, la modernización, la racionalización, simplificación y la mejora de la calidad y el buen gobierno; que la Propuestas de Ley extremeña lo es de transparencia, acceso a la información, reutilización, buen gobierno y participación...

**Protección del litoral y lucha contra el cambio climático en Andalucía a la luz del proyecto de ley de modificación de la Ley de Costas.**  
*Necesidad o conveniencia de articular mecanismos de colaboración eficaces contra los efectos del cambio climático*

*Pilar Navarro Rodríguez*

Profesora Dra. Derecho Administrativo  
Universidad Loyola Andalucía

*Francisco Montes Worboys*

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. NECESIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS CONTRA LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL LITORAL ESPAÑOL. II. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y USO SOSTENIBLE DEL LITORAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. 1. Cuestión preliminar. Concepto de litoral y de costa. Dificultades para el reparto competencial. 2. Reparto competencial sobre el litoral en su conjunto y el mar territorial. 3. Reparto competencial sobre el dominio público marítimo-terrestre. 4. Reparto de competencias sobre la zona de servidumbre de protección. III. COORDINACIÓN Y COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA PROTECCIÓN DEL LITORAL FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO. 1. Coordinación administrativa en la Ley de Costas vigente. La “planificación participada”. A. Planificación estatal participada. B. Planificación autonómica y local participada. Ordenación territorial y urbanística del litoral. 2. Insuficiencia de la Ley de Costas vigente para una protección integral del litoral frente al cambio climático. 3. El convenio de colaboración administrativa como instrumento de gestión integrada del litoral. IV. PRINCIPALES NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY DE

**MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COSTAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL LITORAL Y CAMBIO CLIMÁTICO. ESPECIAL INCIDENCIA EN ANDALUCÍA.** 1. Razones determinantes de la necesidad de modificación de la Ley de Costas vigente. 2. Análisis de las modificaciones más relevantes introducidas en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Costas. A. Cambio parcial del concepto de DPMT y los bienes que lo integran. B. Ampliación del plazo de las concesiones. C. Transmisibilidad de las concesiones inter vivos y mortis causa. D. Sustitución de las autorizaciones por declaraciones responsables. E. Ampliación del plazo para la autorización de ocupación del DPMT. F. Cláusula anti-Algarrobo. G. Nuevo régimen de prórroga de las concesiones otorgadas al amparo de la normativa anterior y régimen especial y transitorio. 3. Conclusión. Necesidad o conveniencia de articular mecanismos de colaboración realmente eficaces contra los efectos del cambio climático. La reforma de la Ley de Costas ¿una oportunidad perdida? V. BIBLIOGRAFÍA.

#### RESUMEN

Desde que se aprobó la Ley de Costas vigente, en 1988, muchas han sido las presiones y los intentos de rebajar el intenso nivel de protección en ella contenido, debido a su carácter excesivamente riguroso para algunas cuestiones. Lo cierto es que, si bien el objetivo último de la norma, lo que podríamos llamar la satisfacción del principio de “sostenibilidad costera” era y sigue siendo de lo más loable, no es menos cierto que, echando la vista atrás, pasadas más de dos décadas desde su aprobación, el hecho constatable es que la satisfacción de tal principio no siempre se ha conseguido, debido en gran parte a la falta de eficacia en la cooperación y colaboración entre las distintas Administraciones competentes e, incluso –a veces– por la inexistencia de coordinación entre departamentos de una misma Administración.

Frente a esa realidad, y en un contexto de cambio climático que implica un aumento del nivel del mar y una alteración de la dinámica del litoral, entendemos que la aprobación el pasado 13 de julio del Anteproyecto de Ley Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley de Costas, debe ser una oportunidad para ir al fondo de la cuestión e implementar nuevos mecanismos de colaboración entre Administraciones que sean realmente eficaces contra los efectos del cambio climático en nuestras costas y la profundización de los ya existentes.

En el presente estudio vamos a abordar un análisis detallado de la situación

actual con la Ley de Costas vigente y de los cambios propuestos en la reforma, con una especial atención por su incidencia en Andalucía.

Palabras clave: Cambio climático. Costa. Litoral. Gestión integrada de las zonas costeras.

#### ABSTRACT

Since passage of the Coastal Act in force in 1988, there have been many pressures and attempts to downgrade the intense level of protection contained in it, due to its excessively harsh for some issues. The truth is that while the ultimate goal of the standard, which could be called satisfaction principle “coastal sustainability” was and remains the most laudable, it is also true that, looking back, passes over two decades since its adoption, the verifiable fact is that satisfying this principle has not always been achieved, due in large part to the lack of effective cooperation and collaboration between the different competent authorities and even –at times– by lack of coordination between departments of the same administration.

Faced with that reality, and in a context of climate change involves an increase in sea levels and altered the dynamics of the shoreline, we understand that the approval last July 13 Bill Protection and Sustainable Use of Coastal and modification of the Coastal Act, must be an opportunity to get to the bottom of the issue and implement new mechanisms of cooperation between administrations that are truly effective against the effects of climate change on our coasts and deepening existing ones.

In this paper we will address a detailed analysis of the current situation with the Coastal Act in force and proposed changes in the reform, with special attention for its impact in Andalusia.

Key Words: Environment. Coast. Litoral. Integrated costal zone management.

## I. NECESIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS CONTRA LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL LITORAL ESPAÑOL

*“El calentamiento del sistema climático es inequívoco, como evidencian ya los aumentos observados del promedio mundial de la temperatura del aire y del océano, el deshielo generalizado de nieves y hielos, y el aumento del promedio mundial del nivel del mar”.*

Con esta rotunda (y preocupante) afirmación se inicia el “Cuarto Informe de Evaluación: Cambio Climático 2007” del IPCC<sup>1</sup>. En el mismo Informe se confirma expresamente la insuficiencia de la actual estrategia de mitigación para paliar el cambio climático futuro; así, se afirma textualmente lo siguiente:

*“Hay un alto nivel de coincidencia y abundante evidencia respecto a que con las políticas actuales de mitigación de los efectos del cambio climático y con las prácticas de desarrollo sostenible que aquellas conllevan, las emisiones mundiales de GEI seguirán aumentando en los próximos decenios”.*

Ahora bien, aunque en la actualidad parece existir cierto consenso entre la comunidad científica en cuanto a la realidad incuestionable de que los efectos del cambio climático son bastante perceptibles en lo que conocemos como “litoral” o “costa”<sup>2</sup>, esto no siempre ha sido así.

Por este motivo, entendemos conveniente partir de las consideraciones realizadas en el estudio “Impactos en la costa española por efecto del cambio climático” (2004), donde se ponían de manifiesto ya en el año 2004 la existencia de importantes incertidumbres debidas al insuficiente conocimiento de la costa y sus características. Así, se afirmaba en el referido informe lo siguiente<sup>3</sup>:

*“Aunque la variación del nivel medio puede considerarse más globalmente, la variación de altura de ola, de la dirección del flujo medio de energía o del aporte de sedimento, muestra cambios sensibles en zonas muy cercanas, por lo que es evidente que las acciones del cambio climático deben analizarse en la escala local.*

*Esta consideración es todavía más relevante si se tiene en cuenta la heterogeneidad de nuestra costa desde el punto de vista geomorfológico, ecológico, social y económico. Por tanto, los estudios encaminados a la determinación de la vulnerabilidad de nuestra costa frente a los efectos del cambio climático precisan un detallado conocimiento de las características de la costa, sus condiciones naturales, demografía, usos, infraestructura, patrimonio, etc. Sin esta información, la toma de decisiones se verá limitada”.*

---

<sup>1</sup> Siglas en inglés del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático.

<sup>2</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, in extenso, la obra dirigida por PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (Dir.), *La Protección del Patrimonio Litoral*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2008.

<sup>3</sup> En “Impactos en la costa española por efecto del cambio climático”, Ministerio Medio Ambiente (2004). [http://www.mma.es/portal/secciones/cambio\\_climatico/areas\\_tematicas/impactos\\_cc/imp\\_cost\\_e\\_sp\\_efec\\_cc.htm](http://www.mma.es/portal/secciones/cambio_climatico/areas_tematicas/impactos_cc/imp_cost_e_sp_efec_cc.htm) Fase III: “Estrategias frente al cambio climático en la costa”, p. 4.3.

Esta incertidumbre ha generado, a su vez, en el ámbito del poder público, un problema fundamental: cómo trasladar de la manera más rigurosa dicha información al proceso de toma de decisiones, planeamiento, adopción de políticas públicas y estrategias, etc<sup>4</sup>.

No obstante la referida incertidumbre, no es menos cierto que en los últimos años ha proliferado una abundante documentación sobre esta materia, de entre la que destacamos, a los efectos del presente trabajo, el documento “*Estrategia para la Sostenibilidad de la Costa*” (2007)<sup>5</sup>, cuya concisa pero clarificadora exposición contenida en el mismo pasamos a sintetizar a continuación.

Los últimos estudios realizados sobre los posibles efectos del cambio climático en el litoral español ponen en evidencia que no sólo el nivel del mar está subiendo en torno a los 2,5 mm al año a lo largo del litoral español, sino que también el oleaje que llega a nuestras costas está sufriendo alteraciones. Las mediciones realizadas en los últimos 40 años desvelan que la energía de oleaje que llega a gran parte de la costa española ha experimentado un evidente aumento.

Además, los temporales en el mar duran más que antes y parece que la tendencia es que en el futuro sean aún más intensos y duraderos.

Hay que aceptar la idea de que es preciso hacer frente desde ahora al ineludible ataque del mar, que no sólo afectará o hará desaparecer playas y humedales litorales, sino que producirá daños en muchas infraestructuras, edificaciones y servicios urbanos situados junto a la ribera del mar.

En definitiva, en las próximas décadas, los casi 900 Km de fachadas marítimas urbanas situadas en zona de playa en el Arco Mediterráneo, Andalucía Occidental y los Archipiélagos, están expuestos a sufrir daños significativos y crecientes por la acción del mar<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Así, se afirma en el citado Informe que “*Mientras que las evidencias científicas que muestran que existe una tendencia a la sobreelevación del nivel medio del mar parecen convincentes, las estimaciones futuras del valor que va a tener esa sobreelevación es a priori insuficiente si se desean utilizar con el objetivo de fijar estrategias de actuación y planificación*”. *Ibidem*, p. 3.16.

<sup>5</sup> “*Estrategia para la Sostenibilidad de la Costa. Documento de inicio*”, Ministerio Medio Ambiente (2007).

<sup>6</sup> No hay que perder de vista que las zonas costeras albergan a la mayoría de la población en España. El 44% de la población vive en municipios costeros, los cuales apenas representan el 7% del territorio; en algunas Comunidades, más del 75% de los terrenos colindantes al mar son urbanos o urbanizables, y casi el 25% del litoral es costa artificial. Esta presión es especialmente relevante en las playas del arco medi-

Los impactos en el sector turístico pueden ser especialmente relevantes, si se tiene en cuenta que el turismo es una importante fuente de ingresos en la economía española.

El cambio climático producirá efectos tanto en la estacionalidad del turismo como en las zonas de destino y de origen de los turistas. En los destinos, el cambio climático afectará al propio espacio geográfico-turístico: la elevación del nivel del mar amenazarará tanto al recurso físico (playas) como a algunas infraestructuras.

Por tanto, a la vista de todos los datos aportados, no queda más que concluir que la adopción de medidas de todo tipo (entre ellas, también y como es lógico, medidas de tipo normativo) contra los efectos del cambio climático en el litoral español es una imperiosa necesidad. Ahora bien, la adopción, implementación y seguimiento de estas medidas corresponderá a la Administración en cada caso competente, lo que exige realizar una breve aproximación al reparto competencial en la materia, que abordamos en el siguiente apartado.

## II. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y USO SOSTENIBLE DEL LITORAL. ESPECIAL REFERENCIA A ANDALUCÍA

### 1. Cuestión preliminar. Concepto de litoral y de costa. Dificultades para el reparto competencial.

Tal y como hemos avanzado en el apartado anterior, en la actualidad son muchos los estudios elaborados por reconocidas instituciones e ilustres expertos, en los que se analizan, con mayor o menor profundidad y alcance (temporal, territorial, sectorial, etc.), los impactos adversos del cambio climático sobre el litoral y, especialmente, sobre las zonas costeras españolas; a estos estudios nos remitimos<sup>7</sup>.

---

terráneo, donde casi un 60% de las mismas están en entornos ya urbanizados. En España, la costa mantiene una serie de actividades económicas de notable importancia, entre las que destaca el sector turístico. La franja costera recibe el 80% del turismo (alrededor de 60 millones de turistas al año visitan España).

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, véanse, entre otros: “*Impactos en la costa española por efecto del cambio climático*”, Ministerio Medio Ambiente (2004). [http://www.mma.es/portal/secciones/cambio\\_climatico/areas\\_tematicas/impactos\\_cc/imp\\_cost\\_esp\\_efec\\_cc.htm](http://www.mma.es/portal/secciones/cambio_climatico/areas_tematicas/impactos_cc/imp_cost_esp_efec_cc.htm)

– “*Evaluación preliminar de los Impactos en España por Efecto del Cambio Climático*”, Ministerio Medio Ambiente (2005).

No obstante el rigor científico de estos estudios —o precisamente debido a este rigor—, las previsiones realizadas en los mismos parten de una premisa común: la incertidumbre respecto de los efectos futuros del calentamiento global sobre los sistemas naturales y, en particular, sobre el litoral y las zonas costeras<sup>8</sup>.

A lo largo de este trabajo nos referiremos a diversos documentos: normativos (convenios internacionales, leyes, reglamentos, etc.); estratégicos (planes, programas, recomendaciones, etc.); y a estudios de carácter científico. Pues bien, lo primero que hemos de advertir es que del análisis de estos documentos y estudios no puede identificarse un concepto único de “litoral”, ni siquiera una terminología única que haga referencia a un mismo ámbito físico-territorial. Así, se habla de “litoral”, “costa”, “zonas o áreas costeras”, etc., de forma sumamente imprecisa. Inducido por esa multivocidad, en este estudio también se utilizarán de forma indistinta los términos anteriores.

En todo caso, y a los efectos de la cuestión que pretendemos abordar en este apartado, vamos a partir de la definición que realiza la Real Academia de la Lengua Española (RAE), que define desde un punto de vista adjetivo el “litoral” como lo perteneciente o relativo a la orilla o costa del mar, y en general como “*costa de un mar, país o territorio*”. Por su parte, define la “costa” como sinónimo de aquel, como “*orilla del mar, de los ríos, lagos, etc. y tierra que está cerca de ella*”.

---

[http://www.mma.es/portal/secciones/cambio\\_climatico/areas\\_tematicas/impactos\\_cc/eval\\_pre\\_imp\\_esp\\_cc.htm](http://www.mma.es/portal/secciones/cambio_climatico/areas_tematicas/impactos_cc/eval_pre_imp_esp_cc.htm)

— “*Cuarta Comunicación Nacional de España de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático*” (2005). [http://www.mma.es/secciones/cambio\\_climatico/pdf/4\\_comunicacion\\_nacional.pdf](http://www.mma.es/secciones/cambio_climatico/pdf/4_comunicacion_nacional.pdf)

— “*Cuarto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC): Cambio climático 2007*”. [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4\\_syr\\_sp.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf)

<sup>8</sup> De hecho, la incertidumbre es una cuestión fundamental que afecta a cualquier aspecto relacionado con el cambio climático. El propio Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC, en sus siglas en inglés) ha elaborado, incluso, estudios específicos sobre el tratamiento de la incertidumbre. Así, a modo de ejemplo, cabe citar el documento: “*Orientación del IPCC sobre las buenas prácticas y la gestión de la incertidumbre en los inventarios nacionales de gases de efecto invernadero*”. Puede accederse a este estudio en: [http://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/gp/spanish/gpgaum\\_es.html](http://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/gp/spanish/gpgaum_es.html)

El IPCC define la “Incertidumbre” como: “*Expresión del grado de desconocimiento de determinado valor (por ejemplo, el estado futuro del sistema climático). Puede deberse a una falta de información o a un desacuerdo con respecto a lo que es conocido o incluso cognoscible. Puede reflejar diversos tipos de situaciones, desde la existencia de errores cuantificables en los datos hasta una definición ambigua de un concepto o término, o una proyección incierta de la conducta humana. Por ello, la incertidumbre puede representarse mediante valores cuantitativos (por ejemplo, un intervalo de valores calculados por diversos modelos), o mediante asertos cualitativos (que reflejen, por ejemplo, una apreciación de un equipo de expertos)*”. En: o.c., “*Cuarto Informe de Evaluación... 2007*”. Glosario.

De forma más concreta, y partiendo de ese amplio concepto del litoral, podemos afirmar que el sistema costero y, particularmente las playas, constituyen uno de los valores más importantes de nuestro país. No sólo desde el punto de vista medioambiental o paisajístico, sino también desde el punto de vista económico, turístico, demográfico, social y cultural.

En el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza, esos factores se acentúan por su privilegiada situación geográfica. Así, los datos hablan por sí solos: cinco de sus ocho provincias (incluida la parte de Sevilla bañada por el efecto de las mareas en el río Guadalquivir) tienen dominio público marítimo-terrestre y su costa alcanza más de 800 kilómetros. Desde el prisma de la protección del medio ambiente, la biodiversidad del medio terrestre y marino de Andalucía es de extraordinaria riqueza, incluyendo diferentes tipos de espacios naturales protegidos que ocupan el litoral<sup>9</sup>; siendo el costero, un sistema dinámico, especialmente sensible al cambio climático<sup>10</sup>. Al mismo tiempo, como fuente de riqueza y motor económico el litoral está sujeto a fuertes presiones urbanísticas. De ahí las dificultades de regular jurídicamente este bien común y la necesidad de abordar esta realidad desde políticas transversales.

Los expertos que se han ocupado *in extenso* de estos temas<sup>11</sup> ponen de relieve la riqueza y fragilidad del medio litoral, al constituir un espacio caracterizado por una muy alta fragilidad y un elevado dinamismo natural, de ahí la necesidad de regular jurídicamente con firmeza las medidas de protección que salvaguarden la costa. Según estos expertos, aunque no exenta de elevada litigiosidad, la ampliación del dominio público marítimo terrestre, con la incorporación de dunas de origen litoral y acantilados en contacto con la ribera del

---

<sup>9</sup> Entre otras figuras de protección, son cinco los Parques Naturales situados en la costa andaluza: Cabo de Gata, Estrecho, Bahía de Cádiz, la Breña y Marismas del Barbate y Doñana; alguna de cuyas zonas fueron declarados como Zonas Especiales de Conservación (ZEC) de la Red Ecológica Europea Natura 2000 en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en virtud del Decreto 493/2012, de 25 de septiembre, y otros son zonas especialmente protegidas internacionalmente (ZEPIM) en el marco del Convenio de Barcelona; a lo que debemos añadir el Parque Nacional de Doñana, cuya importancia a los efectos que nos ocupa requeriría un trabajo independiente. Sobre estos temas, *vid.*, DEL CASTILLO MORA, D., y SÁNCHEZ CARMONA, M. (Coord.), *La Tutela Jurídica de la Red de Espacios Protegidos de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, 2011.

<sup>10</sup> Especialmente sugerente nos resulta el Informe “Doñana y el cambio climático: propuestas para la mitigación de los efectos”, Enero 2006, WWF/Adena, Miriam Fernández & Francisco Borja Barrera. Universidad de Huelva.

<sup>11</sup> Véase el “Manifiesto por la preservación y gestión de los espacios costeros” promovido por Joan Romero, Oriol Nel.lo y Onofre Rullán, y suscrito por otras personas del ámbito académico, investigador y profesional.

mar, ha constituido una apuesta decidida a favor del equilibrio ecológico y sedimentario de la costa, especialmente de las playas y, de facto, una cautela importante ante posibles riesgos naturales (erosión, inundación, desplomes, etc.) y una efectiva protección de amplios sectores costeros. En diversos trabajos disponibles en la REDIAM (Red de Información Ambiental de la Junta de Andalucía)<sup>12</sup> se abordan estudios interdisciplinares sobre las áreas litorales<sup>13</sup>.

A la vista de la importancia de ese trozo de terreno que llamamos “costa” y sobre el que se despliega el ejercicio de competencias propias de tres Administraciones Territoriales: Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, no debe extrañar la complejidad jurídica existente para encontrar una fórmula que permita el eficaz ejercicio de dichas competencias y la salvaguarda de un patrimonio de todos. Para ello, como expondremos en el siguiente apartado, resulta fundamental articular mecanismos de cooperación y colaboración que sean prácticos y eficaces.

La confusión del reparto competencial en la materia deriva de la concurrencia de diversos títulos competenciales sobre el dominio público de titularidad estatal (artículo 132.2 de la Constitución Española de 1978<sup>14</sup>), como son –entre otros– los de protección del medio ambiente, ordenación territorio y urbanismo, pesca, ordenación de la actividad económica, turismo o puertos. Veamos los más destacados con cierto detenimiento.

## **2. Reparto competencial sobre el litoral en su conjunto y el mar territorial.**

En diversas ocasiones ha tenido el Tribunal Constitucional (en adelante, también, el “TC”) la oportunidad de pronunciarse sobre el reparto de competencias que, atendiendo al bloque de constitucionalidad, puede predicarse sobre las costas españolas.

---

<sup>12</sup> <http://www.cma.junta-andalucia.es/medioambiente/site/web/rediam>.

<sup>13</sup> *Vid.*, entre otros, el Informe: La Gobernanza del Litoral Andaluz; Propuesta de Estrategia Andaluza de Gestión Integrada de Zonas Costeras; Estrategia para la Sostenibilidad de la Costa. Tramo: Demarcación Hidrográfica de Andalucía. Diagnóstico Preliminar y Avance de propuestas de actuación.

<sup>14</sup> Dispone el artículo 132.2 de la Constitución Española que “*Son bienes de dominio público estatal los que determina la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental*”.

Fue principalmente a partir de la tramitación y aprobación de la Ley 22/1988 de Costas de 21 de julio de 1988<sup>15</sup> (en adelante, también, la “Ley de Costas vigente”) en los comienzos del desarrollo autonómico, cuando por parte de algunas Comunidades Autónomas costeras se comenzaron a plantear conflictos en torno al ejercicio de las diferentes competencias que se desplegaban sobre el litoral. Así en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, también, “STC”) 149/1991, de 4 de julio<sup>16</sup>, se reconoció, sin perjuicio de las competencias estatales derivadas fundamentalmente de los artículos 45, 149.1.123 y 132 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, también, la “CE”), la necesidad de preservar la competencia autonómica sobre ordenación territorial y del litoral, puertos, urbanismo, vertidos al mar y demás relacionadas con el ámbito de la misma, en virtud de sus Estatutos de Autonomía.

Como consecuencia de todo ello, el Gobierno central se vio obligado a aprobar el Real Decreto 1112/1991, de 18 de septiembre, recogiendo lo decidido por el Tribunal Constitucional tanto en la referida sentencia 149/1991, de 4 de julio, como en la sentencia 198/1991, de 17 de octubre, modificó parcialmente el Reglamento de desarrollo de la Ley de Costas con la finalidad de estructurar y armonizar *“las competencias de las diferentes Administraciones Públicas cuando éstas concurren sobre el mismo espacio físico litoral, de forma que se haga posible tanto el desarrollo de las facultades del Estado derivadas de su titularidad del dominio público marítimo-terrestre, como de las que ostentan las Comunidades Autónomas sobre la ordenación del territorio y, en particular, del litoral, la gestión en materia de protección del medio ambiente y otras actividades de su competencia”*.

En efecto, tanto en aquellos supuestos como el que abordamos en el presente apartado, en los que concurren diversos títulos atributivos de competencias estatales y autonómicas sobre el mismo espacio físico, el TC ha declarado con rotundidad que el ejercicio de esas competencias no debe llevar la exclusión de unas sobre la otras, debiendo cohonestarse, posibilitando su ejercicio, mediante la adecuada colaboración y, en caso contrario, haciendo primar el título competencial prevalente en función del interés general concernido<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988.

<sup>16</sup> Sobre esta Sentencia, véase: FAJARDO ESPÍNOLA, L., “Coordinación de la actividad de las diferentes administraciones sobre la costa (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio)”, *Revista de Administración Pública* núm. 128, mayo-agosto de 1992 (pp. 235-238), y CALERO RODRÍGUEZ, J.R., *Régimen jurídico de las costas españolas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, especialmente el Capítulo II del Título I, “*La concurrencia de competencias en la costa*”, pp. 89-152.

<sup>17</sup> *Id.*, STC 149/1998; STC 46/2007; STC 80/1985.

Tomando como referencia esa doctrina constitucional, algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía de estas CCAA han incorporado previsiones expresas sobre la ordenación y gestión del litoral. El primero de ellos ha sido el catalán, cuyo Estatuto de Autonomía, reformado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, recoge en su artículo 149.3 las competencias que corresponden a la Generalitat en materia de ordenación del litoral.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así quedó plasmado en el artículo 56.6 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 7/2007, de 19 de marzo (en adelante, el “EAA”) que declara como de competencia autonómica exclusiva la ordenación del litoral, respetando el régimen general del dominio público<sup>18</sup>.

Como bien expresa ORTIZ MALLOL, “la competencia sobre ordenación y gestión del litoral incluye ámbitos de gran trascendencia, tanto a nivel de planificación (el establecimiento y la regulación de los planes territoriales de ordenación y uso del litoral y de las playas, así como la regulación del procedimiento para su tramitación y aprobación) como en el ejercicio de potestades de ejecución (gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre, respetando las excepciones que puedan establecerse por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición) y sus consecuencias a nivel económico (regulación y la gestión del régimen económico-financiero del dominio público marítimo-terrestre en los términos previstos por la legislación general)”<sup>19</sup>.

En este sentido, ciertamente, debe tenerse en cuenta que la ordenación del territorio incluye necesariamente la ordenación del litoral (STC 40/1998), y que la Comunidad Autónoma Andaluza tiene amplias competencias –incluida

---

<sup>18</sup> En concreto, el artículo 56.6 del EAA dispone de forma expresa que “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación del litoral, respetando el régimen general del dominio público, la competencia exclusiva, que incluye en todo caso: el establecimiento y la regulación de los planes territoriales de ordenación y uso del litoral y de las playas, así como la regulación del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos y planes; la gestión de los títulos de ocupación y uso del dominio público marítimo-terrestre, especialmente el otorgamiento de autorizaciones y concesiones y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, respetando las excepciones que puedan establecerse por motivos medioambientales en las aguas costeras interiores y de transición; la regulación y la gestión del régimen económico-financiero del dominio público marítimo-terrestre en los términos previstos por la legislación general; la ejecución de obras y actuaciones en el litoral andaluz cuando no sean de interés general. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la ejecución y la gestión de las obras de interés general situadas en el litoral andaluz, de acuerdo con lo establecido en el apartado 8 del presente artículo”.

<sup>19</sup> Vid. ORTIZ MALLOL, J., *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

la regulación normativa— sobre el medio ambiente (Título VII y artículo 57 del EAA, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.23 de la CE), turismo (artículo 71 EAA), protección civil y emergencias (artículo 66 EAA), actividad económica (artículo 58 EAA en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11 y 13 de la CE), acuicultura y pesca (artículo 48 EAA), etc. que podrán ser desarrolladas sobre el dominio público estatal, y mediante la regulación autonómica que en cada caso y con los límites correspondientes proceda.

Por la vía de la ordenación del territorio y del litoral, son varias las CCAA costeras, entre ellas Andalucía, las que vienen trabajando en la denominada “Gestión Integrada de las Áreas Litorales”. Partiendo de la complejidad normativa de los espacios marinos y costeros, mediante este tipo de instrumentos que podemos denominar como *soft law*<sup>20</sup>, se persigue mediante la cooperación y la participación, la integración de políticas, objetivos, estrategias, y planes sectoriales sobre el litoral.

En cuanto al alcance de las competencias en el mar territorial y aguas interiores, hay que destacar la reciente STC de 20 de septiembre de 2012, recaída tras el recurso de inconstitucionalidad nº 1853/2003, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía frente a la Ley 53/2002, de 31 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En esta Sentencia, se ha pronunciado el TC, declarando nulo el artículo 114 de la Ley de Costas vigente, en la redacción dada por el artículo 120.5 de la citada Ley de Medidas, y a cuyo tenor “*La competencia autonómica sobre ordenación del territorio y del litoral, a la que se refiere el párrafo anterior, alcanzará exclusivamente al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre, sin comprender el mar territorial y las aguas interiores*”. El TC considera que desde el punto de vista material o sustantivo el precepto es respetuoso con el orden constitucional de competencias, en la medida que “*la competencia autonómica sobre ordenación del territorio, no se extiende al mar territorial*”, sin perjuicio de otros títulos como el medio ambiente, cuanto exista continuidad ecológica. Ahora bien, según el TC, desde un punto de vista formal, el precepto sería inconstitucional, ya que le está vetado al legislador estatal, si no existe una habilitación expresa constitucional o estatutaria, llevar a cabo una interpretación conceptual del sistema de distribución de competencias con el objetivo de delimitar las atribuciones de las CCAA.

---

<sup>20</sup> *Vid.*, BARRAGÁN MUÑOZ, J.M., y FERNÁNDEZ-PALACIOS CARMONA, A., “Gestión integrada del litoral: hacia una nueva estrategia andaluza”, *Revista de Medio Ambiente*, núm. 51, Invierno/2005.

### 3. Reparto competencial sobre el dominio público marítimo-terrestre.

Una vez analizado el reparto de competencias sobre el litoral, en el que como se ha visto deben respetarse y coordinarse las distintas Administraciones, comenzó una nueva etapa histórica coincidente con la segunda fase de desarrollo estatutario en el Estado de las Autonomías, en la que se ha venido a reivindicar mayor participación autonómica en la gestión de parte de la costa, tanto cuantitativa como cualitativamente: el dominio público marítimo-terrestre estatal, (en adelante, también, el “d.p.m.t.”).

Por ello, como hemos anticipado, el nuevo EAA introduce determinadas previsiones sobre las competencias ejecutivas en dicho demanio estatal en su artículo 56.6.

A estas previsiones estatutarias le han seguido, para el caso de Cataluña y Andalucía, los correspondientes trasposos de determinadas funciones y servicios sobre el dominio público marítimo-terrestre, hasta ahora reservadas al Estado, satisfaciendo de este modo una reivindicación histórica de ambas CCAA. Así, partiendo del ya citado artículo 56.6 del EAA, se dictó el Real Decreto 62/2011, de 21 de enero<sup>21</sup>, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación y gestión del litoral.

En virtud de dicho Real Decreto se atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante un complejo sistema de informes estatales cuya naturaleza no se expresa con total claridad, la gestión de importantes cuestiones como el otorgamiento de autorizaciones y concesiones sobre dominio público marítimo terrestre, así como el ejercicio de la competencia sancionadora vinculada a tales títulos (en aquellos casos en los que no exista título habilitante la competencia será estatal). En este punto, resulta obligado decir que dicho traspaso, dada la confusa redacción del referido Real Decreto, no ha estado exento de problemas interpretativos y de dudas en cuanto a la aplicación del régimen transitorio<sup>22</sup>. Lo que hace más necesario, si cabe, la articulación de mecanismos de cooperación administrativos.

---

<sup>21</sup> BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2011.

<sup>22</sup> Como es sabido, si bien los reales decretos de traspaso no son normas atributivas de competencias sí sirven de criterio interpretativo de las previsiones constitucionales y estatutarias (STC 132/1998, F.J. 9).

Ahora bien, el problema mayor ha surgido en los últimos tiempos, en el caso de aquellas CCAA que han asumido competencias ejecutivas en relación con ciertos aspectos del d.p.m.t. y que, como es lógico, también han querido tener cierto margen de decisión normativo. Estas expectativas han venido a chocar (además de la imposibilidad de contentar a colectivos con intereses tan contrapuestos como los empresariales y los ecologistas) con la realidad jurídica. Y es que, en cuanto se refiere estrictamente a la regulación de cuestiones atinentes al régimen jurídico del dominio público marítimo terrestre, no puede perderse de vista que nos hallamos ante bienes de dominio público estatal, al establecer el artículo 132 de la CE que son bienes de dominio público, en todo caso, “*la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental*”.

Ello implica que, tal y como ha señalado el TC, aunque el concepto de dominio público “*sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción de territorio de su entorno, o considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostentan*” (STC 77/1984), no es menos cierto que corresponde en exclusiva al Estado la regulación normativa del régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre. En consecuencia, y a salvo de lo que pueda declarar el máximo intérprete de la Constitución, sólo podrá ser el Estado el que defina legislativamente el dominio público estatal<sup>23</sup> y el que establezca el régimen jurídico de los bienes que lo integran<sup>24</sup>.

En suma, la Comunidad Autónoma tiene capacidad normativa para regular los diversos títulos competenciales que pueden desarrollarse sobre el dominio público marítimo terrestre, pero sin que su ejercicio pueda llegar a desnaturalizar la competencia exclusiva estatal y debiendo primar, en caso de conflicto y a salvo el principio de cooperación, el interés general prevalente.

La capacidad normativa autonómica (sin perjuicio, reiteramos, de otros títulos atributivos de competencia que puedan desarrollarse sobre el d.p.m.t.) se habrá de limitar, por tanto, a la regulación de la organización de los medios, funciones y servicios asumidos, al posible establecimiento de normas adicionales de protección medioambiental, y al desarrollo reglamentario de la normativa estatal cuando proceda. Si bien, en este último punto, deberá tenerse en consideración el hecho de que la normativa actual estatal sobre costas (Ley de

---

<sup>23</sup> STC 227/1988; STC 149/1991 y STC 149/1998.

<sup>24</sup> En este sentido y por este motivo, se encuentra actualmente en tramitación recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley de Canarias 7/2009 que modifica el texto refundido de las leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios naturales (recurso de inconstitucionalidad n° 6964/2009).

Costas vigente y su Reglamento de Costas) son extraordinariamente detallados, dejando escaso margen de desarrollo normativo.

Encontrándonos fundamentalmente ante una competencia autonómica ejecutiva, en el caso de Andalucía, resulta de aplicación el artículo 42.2.3 del EAA, a cuyo tenor las competencias ejecutivas *“comprenden la función ejecutiva que incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública y, cuando proceda, la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado.”*

Es por tanto el Estado al que le corresponde la definición normativa de las características del dominio público. Ello implicaría, en principio, la imposibilidad de que la Comunidad Autónoma proceda a la regulación o desarrollo normativo de la legislación estatal que tiene un carácter muy detallado (véase la STS de 14 de octubre de 1996, al referirse al amplio carácter del Reglamento de Costas), de forma que se quebrante el régimen habitual de protección<sup>25</sup>. Cuestión distinta es que, normativamente, se estableciera un régimen adicional de protección con fundamento en el artículo 149.1.23 CE, o de simple ordenación territorial, o que el propio Estado, modificando su normativa, habilitase a la Comunidad Autónoma para desarrollar determinados aspectos.

No obstante lo anterior, de lo que no cabe duda es que sí tiene la Administración autonómica, en virtud de las funciones gestoras que asume, un amplio margen de interpretación –atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto– de los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la legislación estatal (alta intensidad de uso, dinámica del litoral, integridad del demanio, etc.), sin perjuicio de la adecuada coordinación, en caso de duda o discrepancia, con la Demarcación de Costas estatal. Siendo lo lógico, además, que si la Ley ha dejado abierta la existencia de ciertos conceptos jurídicos indeterminados, sea la Administración a la que corresponde otorgar los títulos habilitantes la que proceda a la interpretación de tales conceptos, atendiendo –reiteramos–

---

<sup>25</sup> El Consejo Estado, en su Dictamen núm. 1121/2009, al declarar que existen fundamentos jurídicos suficientes para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 7/2009, de 6 de mayo, declara: *“En definitiva, tal como se observó en el dictamen 466/2009, con la previsión autonómica de referencia se está incidiendo en la propia definición del dominio público marítimo-terrestre y en la legislación básica de protección ambiental del litoral, que no tienen por qué subordinarse a la realidad urbanística reconocida unilateralmente y a posteriori por la Administración autonómica. También esta circunstancia originaría diferencias en la protección del litoral comprendido en el territorio de Canarias y el del resto de España, lo cual no es constitucionalmente admisible.”*

a las particulares circunstancias de cada caso en concreto. En ese margen interpretativo, podrá dirigir el ejercicio de sus funciones ejecutivas hacia la implantación de políticas de minimización de los efectos del cambio climático.

#### **4. Reparto de competencias sobre la zona de servidumbre de protección.**

No menos importantes son las medidas de protección y sostenibilidad costera que pueden llevarse a cabo en la zona de servidumbre de protección creada por la vigente Ley de Costas. Especialmente, en cuanto puedan condicionar o modular las políticas de ordenación territorial y urbanísticas.

La doctrina sobre reparto competencial en la zona de servidumbre de protección adyacente al dominio público estatal pero propiedad de terceros (particulares o no), también fue sentada por las STC149/1991, de 4 de julio, y STC 198/1991, de 17 de octubre.

Esta doctrina, en nuestra opinión, la explica con gran claridad la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, también “STSJ”) de Galicia de 27 de septiembre de 2006 (p.o. número 704/20005), a cuyo tenor el TC, en su sentencia 149/1991, resolvió la cuestión planteada diferenciando los supuestos de autorización ordinaria y excepcional: en el primer caso se trata de una competencia de carácter ejecutivo ajena a las constitucionalmente reservadas al Estado y que se engloba, por su contenido, en la ejecución de la normativa sobre la protección del medio ambiente o en la ordenación del territorio y/o urbanismo de competencia exclusiva de las comunidades autónomas; en el segundo, dado la incidencia en el demanio público, sí cabe la intervención estatal excepcional. En cuanto al ámbito de la posible regulación normativa en esta zona de servidumbre, añade el TC, la CA no podrá establecer normas adicionales de protección en contra de la legislación básica del Estado, pero, por la propia naturaleza de las normas de protección del medio ambiente, la norma autonómica, respetando esa legislación básica, sí puede también complementar o reforzar los niveles de protección previstos en esa legislación básica, siempre que esas medidas autonómicas “*sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan o limiten*” la protección establecida en la legislación básica del Estado.

Como fácilmente se comprenderá, dado el rigor de la Ley de Costas vigente, la mayoría de los conflictos se han planteado por la iniciativa normativa de algunas Comunidades Autónomas dirigidas a reducir o a limitar la legislación estatal.

Esta doctrina del TC ha sido recientemente ratificada por el Alto Tribunal en la STC 87/2012, de 18 de abril, recaída en relación con una disposición contenida en una ley urbanística gallega<sup>26</sup>.

Siguiendo con el análisis de la sentencia del TSJ de Galicia, el argumento central de que hace uso el TC, se desenvuelve en un principio capital tomado de su sentencia 149/1991, según el cual, la titularidad estatal del demanio público marítimo-terrestre es ambivalente en el sentido de derivar un conjunto de derechos pero también una serie de obligaciones, entre las que figura la de su protección, a fin de asegurar el mantenimiento de su integridad física y jurídica y el uso público y sus valores paisajísticos<sup>27</sup>. A su vez, como instrumento que hace posible su cumplimiento figuraría la facultad de ordenar limitaciones o condicionantes al uso, tanto de los bienes demaniales como de los terrenos colindantes propiedad de terceros, lo que dejaría concernida la competencia autonómica para la ordenación del territorio. Dicha intervención resultaría legitimada por mor de la competencia exclusiva que por mandato constitucional corresponde al Estado en las materias previstas en el artículo 149.1.1 y 23 de la CE:

Del juego combinado de ambos títulos competenciales resultaría que el Estado queda facultado para regular las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad sobre los terrenos colindantes con la zona marítimo-terrestre, asegurando la igualdad básica de todos los españoles, lo que el TC declara compatible con la asunción por las CA de competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (artículo 148.1.3ª CE), consistentes en la previsión en los correspondientes instrumentos de ordenación de adicionales condicionantes al uso que de tales terrenos pueda hacerse y, a su vez y en correspondencia a la competencia básica estatal de establecimiento de limitaciones en el uso de los terrenos colindantes con el demanio público residencial en el artículo 149.1.23 CE, la autonómica de “*aprobar normas adicionales de protección*” (sic).

---

<sup>26</sup> Se trata de la Sentencia 87/2012, de 18 de abril de 2012, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad nº 5053-2006, que fue planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en relación con la disposición adicional tercera de la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

<sup>27</sup> *Ex* artículo 45 CE.

### III. COORDINACIÓN Y COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA PROTECCIÓN DEL LITORAL FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO.

#### 1. La coordinación administrativa en la Ley de Costas vigente. La “planificación participada”.

Tal y como hemos señalado en el apartado anterior, en nuestro ordenamiento jurídico, y a tenor del reparto de competencias entre el Estado, las CCAA y las Entidades Locales, la adopción y ejecución de cualquier tipo de medida para la protección de las zonas costeras frente al cambio climático corresponderá a una u otras Administraciones Públicas. Es por ello por lo que, frente a la fragmentación competencial y administrativa en esta materia, se exige el desarrollo de instrumentos de gestión integrada, consensuados y coordinados entre los distintos centros de poder<sup>28</sup>.

De esta forma, podemos destacar tres documentos fundamentales en la estrategia española de protección de las zonas costeras frente al cambio climático. Estos son:

1º. El “Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático”, de 2006.

2º. “La Estrategia para la sostenibilidad de la Costa”, de 2007.

3º. El “Protocolo relativo a la gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo”, de 2008.

Con mayor o menor nivel de detalle y concreción, en todos estos documentos se proponen medidas de adaptación de las zonas costeras al cambio climático: medidas de protección, medidas de acomodación y medidas de retirada o retroceso.

---

<sup>28</sup> Así, tal y como hemos señalado con anterioridad, ya bien pronto, concretamente en el año 2007, se trata de hacer frente a esta cuestión mediante la “Estrategia para la sostenibilidad de la Costa”, con la que se pretende “*armonizar todas las políticas sectoriales que convergen sobre la costa, de tal forma que las distintas Administraciones, poderes públicos y actores que intervienen sobre la costa ejerzan sus propias competencias con toda autoridad, pero colaboren y se coordinen con sentido común e inteligencia, apoyados por el conocimiento sobre los procesos naturales que afectan a la costa, para dar respuesta a los desafíos a los que nos enfrentamos, y atender así al interés general, no sólo de esta generación sino de las futuras*”.

Ahora bien, la perspectiva de la ordenación y gestión coordinadas de la costa no se abordó por primera vez con la adopción de los documentos anteriores como algo nuevo, sino que como ya hemos desarrollado en el apartado anterior, ya en el año 1985, nuestro TC afirmaba en relación con la concurrencia competencial en la zona marítimo-terrestre (STC 77/1984):

*“No se oculta a este Tribunal que esta concurrencia de competencias sobre el mismo espacio físico puede plantear dificultades en casos concretos, pero tales dificultades no obstan al principio de que la concurrencia sea posible, sin que existan espacios exentos dentro del territorio de una Comunidad Autónoma. Lo que sí parece aconsejable es que se busquen soluciones de cooperación dentro del respeto a las respectivas competencias, aunque es evidente que la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente”.*

La anterior doctrina fue ratificada en la reconocida STC núm. 149/1991, afirmando: *“Sobre la zona marítima-terrestre se produce una concurrencia de competencias que puede dar lugar a dificultades, para las que parece aconsejable buscar soluciones de cooperación”* (FJ 4. A).

Aunque ya hemos realizado un análisis pormenorizado de estas Sentencias en el apartado anterior, sí debemos destacar a los efectos del estudio que ahora estamos abordando que el TC señala en las referidas sentencias la necesidad de adoptar mecanismos de coordinación entre las distintas Administraciones implicadas en la ordenación del litoral, pues *“es inherente a la idea misma de ordenación la actuación de poderes distintos dotados de competencias propias”* (FJ 1.B).

Como muy bien ha señalado FAJARDO ESPINOSA<sup>29</sup>, de entre las técnicas de coordinación interadministrativa, en la Ley de Costas vigente destaca, y el TC confirma, la de la planificación participada, calificada por CALERO RODRÍGUEZ como *“la técnica quizás más perfecta de coordinación”*<sup>30</sup>. Este mismo autor enumera, junto a la planificación participada, las diversas técnicas de coordinación previstas en la Ley de Costas vigente y su Reglamento, bajo el principio general recogido en el artículo 116.1 de la Ley: *“Las Administraciones Públicas cuyas competencias incidan sobre el ámbito espacial contemplado en la presente Ley ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a aquéllas”*<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> FAJARDO ESPINOLA, L., *“Coordinación de la actividad de las diferentes administraciones sobre la costa”*, o.c., p. 236.

<sup>30</sup> CALERO RODRÍGUEZ, J.R., *“Régimen jurídico de las costas españolas”*, o.c., p. 136.

<sup>31</sup> Entre las diversas técnicas de coordinación previstas en la Ley de Costas vigente destacan: - En primer lugar, se prevé una labor de asesoramiento de la Administración del Estado al resto de Administra-

La Ley de Costas vigente prevé esta técnica de coordinación tanto respecto de los planes que debe aprobar la Administración del Estado, como en la planificación territorial y urbanística de competencia autonómica y local. Así, podemos distinguir dos tipos de planificación, a saber:

1º. La Planificación estatal participada. Relativa a la protección de las zonas de servidumbre del Dominio Público Marítimo Terrestre.

2º. La Planificación autonómica y local participada. Ordenación territorial y urbanística del litoral por las Comunidades Autónomas y Municipios.

Veamos cada una de ellas con cierto detalle:

#### A. Planificación estatal participada.

El artículo 22.1 de la Ley de Costas vigente reconoce la competencia de la Administración del Estado para dictar normas para la protección de determinados tramos de costa (servidumbre de protección, servidumbre de tránsito y servidumbre de acceso al mar). Sobre estas normas se ha dicho que “*implican una verdadera planificación de usos y aprovechamientos de ese espacio*”<sup>32</sup>.

Pues bien, el apartado 2 del mismo precepto exige la participación y el consenso de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos afectados, como requisito indispensable para la aprobación definitiva de dichas normas. Así, establece (art. 22.2):

*“Antes de la aprobación definitiva de las normas a que se refiere el apartado anterior, se someterán a informe de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos a cuyo territorio afecten, para que los mismos puedan formular las objeciones que deriven de sus instrumentos de ordenación aprobados o en tramitación.*

*Cuando se observen discrepancias sustanciales entre el contenido de las normas proyectadas y las objeciones formuladas por las Comunidades Autónomas y los*

---

ciones. - Se establece un deber de notificaciones mutuas sobre otorgamiento de títulos habilitantes de usos de los espacios de la costa. - Se prevé la tramitación conjunta del procedimiento para el otorgamiento de títulos habilitantes para el desarrollo de una actividad que necesite ocupar el demanio marítimo terrestre. - Se prevé la participación, a través de un informe, de unas administraciones en procedimientos de competencia de otras. - Se regula la posibilidad de convenios de financiación de obras del Estado. *Ibidem*.

<sup>32</sup> CALERO RODRÍGUEZ, J. R., “*Régimen jurídico de las costas españolas*”, o.c., p. 144.

*Ayuntamientos, se abrirá un período de consulta entre las tres Administraciones para resolver de común acuerdo las diferencias manifestadas”.*

En cuanto a la necesidad de alcanzar un acuerdo entre las Administraciones afectadas, el artículo 42.3 del Reglamento de Costas vigente dispone que *“en defecto de acuerdo expreso entre las tres Administraciones interesadas, las normas no podrán ser aprobadas”.*

Los anteriores preceptos exigen tal grado de coordinación entre las competencias estatales de protección del demanio y las autonómicas y locales de ordenación territorial y urbanística del litoral, que la única solución posible en caso de discrepancias entre unas y otras pasa necesariamente por el “común acuerdo” entre las Administraciones afectadas. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional (STC 149/991, FJ 3º C):

*“En el presente caso estas normas reglamentarias, que acomodan a supuestos específicos las determinaciones establecidas por la Ley con carácter general, requieren, y esto es, en definitiva, lo decisivo, además de la voluntad del Estado, las de la Comunidad Autónoma y de los municipios afectados, a los que de ese modo se les da una participación plena en el proceso de elaboración de los contenidos normativos, que sólo en su acuerdo adquirirán fuerza”.*

La ordenación de la costa se configura, por tanto, como un *“producto de la voluntad conjunta de Comunidades Autónomas, Corporaciones locales y Estado, aunque sea éste quien toma la iniciativa de dictarlas y el que las aprueba formalmente”* (STC 149/991, FJ 4º). Supone, en definitiva, un ejemplo de planificación o reglamentación participada, obligatoria y vinculante.

#### B. Planificación autonómica y local participada. Ordenación territorial y urbanística del litoral.

Las competencias para la ordenación territorial del litoral y las competencias urbanísticas corresponden, de conformidad con la Constitución Española y los respectivos Estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas, y a los Municipios, en los términos establecidos en la legislación urbanística.

Así, como ya hemos señalado con anterioridad, el EAA atribuye a esta Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación del litoral, y en concreto *“el establecimiento y la regulación de los planes territoriales de ordenación y uso del litoral y de las playas”* (artículo 56.6 EAA).

Pues bien, partiendo del análisis competencial realizado en el apartado anterior, interesa destacar en estos momentos que el artículo 117 de la Ley de Costas vigente regula un mecanismo de planificación territorial y urbanística del litoral, participada por las distintas Administraciones implicadas. Dispone este precepto:

*“1. En la tramitación de todo planeamiento territorial y urbanístico que ordene el litoral, el órgano competente, para su aprobación inicial, deberá enviar, con anterioridad a dicha aprobación, el contenido del proyecto correspondiente a la Administración del Estado para que ésta emita, en el plazo de un mes, informe comprensivo de las sugerencias y observaciones que estime convenientes.*

*2. Concluida la tramitación del plan o normas de que se trate e inmediatamente antes de la aprobación definitiva, la Administración competente dará traslado a la del Estado del contenido de aquél para que en el plazo de dos meses se pronuncie sobre el mismo. En caso de que el informe no sea favorable en aspectos de su competencia, se abrirá un período de consultas, a fin de llegar a un acuerdo”.*

El TC, en su tan meritada STC 149/1991, establece la interpretación adecuada de los preceptos anteriores (112 y 117 de la Ley de Costas vigente), a efectos de su constitucionalidad.

A los efectos que aquí interesan, afirma la Sentencia lo siguiente:

*“En él, en efecto, y en contra de lo que las Comunidades Autónomas recurrentes parecen suponer, no se subordina la aprobación de los correspondientes instrumentos de ordenación (o de su revisión o modificación) siempre y en todo caso a la concurrencia de ambas voluntades, sino sólo en aquellos supuestos en los que el informe desfavorable de la Administración estatal verse sobre materias de su competencia, es decir, sobre un ámbito limitado en la forma que ya hemos expuesto, al analizar el art. 112.a). Sólo en esos casos será indispensable abrir el periodo de consultas para llegar al acuerdo.*

*Cuando así no sea, es decir, cuando el informe negativo verse sobre materias que a juicio de la Comunidad Autónoma excedan de la competencia estatal, la búsqueda del acuerdo no es jurídicamente indispensable y, en consecuencia, podrá la Administración competente para la ordenación territorial y urbanística adoptar la decisión que proceda, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad que a la Administración estatal, se ofrece siempre, de atacar esa decisión por razones de constitucionalidad o de legalidad”.*

Por tanto, como pequeña recapitulación, podríamos decir que:

1º. La Administración del Estado debe emitir, de forma preceptiva, informe previo a la aprobación de planes de ordenación territorial o urbanística.

2º. Si este informe es negativo, sólo será vinculante cuando se refiera a materias de competencia estatal (protección, preservación y uso público del Dominio Público Marítimo Terrestre).

3º. Sólo en este caso la Administración competente para la ordenación territorial y la Administración del Estado deberán alcanzar un acuerdo, necesario para la aprobación del plan o norma de que se trate.

### **3. Insuficiencia de la Ley de Costas vigente para una protección integral del litoral frente al cambio climático.**

Una vez analizados, siquiera de forma somera por falta de mayor espacio, los mecanismos de coordinación previstos en la Ley de Costas vigente, incluida la llamada planificación participada, resultan, a nuestro entender, insuficientes para lograr una gestión integrada de las zonas costeras en España, y por ende, para lograr los objetivos de protección y adaptación de las costas españolas al cambio climático. Esta insuficiencia se manifiesta, fundamentalmente, en sus ámbitos material y territorial de actuación.

Como sabemos, la protección y adaptación del litoral frente al cambio climático exige la adopción de una estrategia integrada de actuaciones en la costa: medidas de protección, de acomodación y, en su caso, de retirada. Atendiendo a su ámbito físico de aplicación, estas medidas se deberían aplicar en:

a) El espacio terrestre del litoral, y especialmente el espacio terrestre del dominio público marítimo-terrestre.

b) El ámbito marino, especialmente en el mar territorial y aguas interiores, su lecho y subsuelo. Así, por ejemplo, entre las medidas de protección denominadas “rígidas” destacan los diques, muros, barreras, espigones, revestimientos, etc. así como barreras frente a la intrusión salina<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Así en el estudio: “*Impactos en la costa española por efecto del cambio climático. Estrategias frente al cambio climático en la costa*”, Ministerio de Medioambiente, 2004.

Y es que los distintos subsistemas que integran el litoral (medio marino, playas, estuarios, dunas, acantilados, infraestructuras, etc.) son interdependientes, están conectados entre sí formando un sistema, y esto tendrá que ser tenido en cuenta en las evaluaciones de vulnerabilidad y las opciones de adaptación para cada uno de los tramos de litoral.

Sin embargo, como ya hemos señalado en el apartado anterior, las competencias autonómicas de ordenación del litoral se limitan al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre, sin comprender el mar territorial ni las aguas interiores<sup>34</sup>, sin perjuicio del ejercicio excepcional de las competencias sobre el medio ambiente allí hasta donde alcance la continuidad ecológica (cfr. STC 38/2002).

Es decir; con carácter general, un Plan de ordenación del litoral de una Comunidad Autónoma no podrá contemplar la adopción de medidas que deban ejecutarse en el mar, aunque dichas medidas se encaminen a la protección del litoral autonómico. Será la Administración estatal la ordinariamente competente para acordar las obras de protección o adaptación al cambio climático que se realicen en el mar, su lecho y su subsuelo.

Y no sólo serán de competencia estatal las obras emplazadas en el mar territorial y aguas interiores, sino también aquéllas que se ejecuten en el espacio terrestre del demanio público y sean calificadas como “de interés general”. Así, el art. 111.1 de la Ley de Costas vigente atribuye la competencia sobre estas obras a la Administración del Estado (“*Tendrán la calificación de obras de interés general y serán competencia de la Administración del Estado...*”)<sup>35</sup>.

Entre las obras calificadas legalmente de interés general destacan algunas fundamentales para la defensa de las costas frente al cambio climático; así:

- Las obras que se consideren necesarias para la protección, defensa, conservación y uso del dominio público marítimo-terrestre, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes que lo integren (111.1.a).
- Las obras de creación, regeneración y recuperación de playas (111.1.b).

---

<sup>34</sup> Ex artículo 114 de la Ley de Costas vigente, sin perjuicio de su reciente inconstitucionalidad por motivos formales por STC de 20 de septiembre de 2012.

<sup>35</sup> El original artículo 111 de la Ley de Costas fue modificado en virtud del artículo 120.5 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

- Las emplazadas en el mar y aguas interiores (111.1.d).

La Ley de Costas vigente también prevé un **mecanismo de coordinación interadministrativa respecto de las obras de interés general**, si bien esta coordinación no alcanza los niveles de la planificación participada a que nos hemos referido en el epígrafe anterior (arts. 22 y 117 de la Ley de Costas vigente). El mecanismo es el siguiente (art. 111.2 de la Ley de Costas vigente):

1º. La Administración estatal solicitará informe a la Comunidad Autónoma y a los Ayuntamientos en cuyos ámbitos territoriales se pretendan ejecutar las obras de interés general.

2º. La Administración autonómica y los Ayuntamientos comunicarán, en el plazo de un mes, la conformidad o disconformidad de las obras con los instrumentos de planificación del territorio que afecten al litoral y con el planeamiento urbanístico. En caso de no emitirse, dichos informes se considerarán favorables.

3º. En caso de disconformidad, el Ministerio competente en materia de Medio Ambiente<sup>36</sup> elevará el expediente al Consejo de Ministros, que decidirá si procede ejecutar el proyecto y, en este caso, ordenará la modificación del planeamiento territorial o municipal.

4º. En el supuesto de que no existan instrumentos de planeamiento o que la obra de interés general no esté prevista en los mismos, el proyecto se remitirá a la Comunidad Autónoma y Ayuntamiento afectados para que redacten o revisen el planeamiento con el fin de acomodarlo a las determinaciones del proyecto.

En este caso, las obras de protección o adaptación de la costa al cambio climático son acordadas por la Administración del Estado. Y aun cuando las obras de interés general no estén previstas o sean disconformes con la planificación territorial o urbanística –autonómica y local–, deberán incorporarse a estos instrumentos de planeamiento, bien por orden del Consejo de Ministros, o por imposición legal

---

<sup>36</sup> En la actualidad, es el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Como se observa, este mecanismo de coordinación, basado en un informe previo, presenta diferencias sustanciales con la planificación participada. En este caso, los conflictos que puedan surgir entre la Administración estatal y las Administraciones autonómicas y locales no se resuelven de común acuerdo entre ellas, sino que, en última instancia, será la propia Administración del Estado la que resuelva de forma unilateral e imperativa.

En definitiva, podemos afirmar que la Ley de Costas vigente articula instrumentos de coordinación entre las distintas Administraciones para el ejercicio de sus respectivas competencias sobre el litoral. Así:

– Se prevé la coordinación entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas y Municipios en la aprobación de las normas y planes de ordenación territorial y urbanística del litoral que pretendan aprobar las Administraciones autonómicas y los Ayuntamientos (arts. 112, 114 y 117 de la Ley de Costas vigente).

– Se prevén mecanismos de coordinación en la aprobación de normas, planes y proyectos estatales que tengan como finalidad la protección de determinados tramos de costa o la ejecución de obras de interés general (arts. 22 y 111 de la Ley de Costas vigente).

Sea cual sea el grado de coordinación, el resultado final será una norma, un plan o un proyecto aprobado por una Administración (estatal, autonómica o local) en el ejercicio de sus respectivas competencias (en materia de costas, de ordenación territorial o urbanísticas). La coordinación consiste, únicamente, en respetar las competencias ajenas cuando se ejercitan las propias.

Ahora bien, como venimos exponiendo a lo largo de este trabajo, las competencias de cada una de las Administraciones Públicas, independientemente consideradas, son insuficientes para adoptar y ejecutar una estrategia de gestión integrada de las zonas costeras que contemple, también de forma integrada, la protección del litoral frente al cambio climático<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> En este sentido se ha afirmado: “Si bien es cierto que las actuaciones de la Dirección General de Costas, y por tanto sus políticas, se centran en la preservación del dominio público, y que no contemplan la amplitud sectorial y territorial de una visión más integradora, tampoco aparece en el horizonte otra administración que cumpla este requisito. Y menos aún cuando es preciso integrar también una franja del medio marino”. BARRAGÁN MUÑOZ, J.M. y FERNÁNDEZ-PALACIOS CARMONA, A. “Gestión integrada del litoral: hacia una nueva estrategia andaluza”, o.c.

A modo de ejemplo: la aprobación, por una Comunidad Autónoma, de un Plan de ordenación del litoral que prevea medidas adecuadas de adaptación al cambio climático y de retroceso de las zonas urbanas, puede resultar insuficiente si, simultáneamente, no se ha previsto la ejecución de obras de protección en el mar. Lo que ocurre, en este ejemplo, es que la Comunidad Autónoma no tiene la competencia para aprobar ni ejecutar obras en el mar, pues esta competencia, como sabemos, corresponde a la Administración del Estado (art. 111 de la Ley de Costas vigente).

Del mismo modo, y por ejemplo, las obras de regeneración de playas que, de conformidad con el art. 111 de la Ley de Costas vigente, ejecute la Administración estatal, pueden resultar del todo ineficaces sino se acompañan de medidas adecuadas de ordenación del territorio y urbanismo, medidas éstas que deberán ser aprobadas por las Administraciones autonómicas y municipales.

A través de las medidas de cooperación interadministrativa previstas en la Ley de Costas vigente, las normas y planes que apruebe cada Administración serán, efectivamente, respetuosos con las competencias del resto de Administraciones. Ahora bien, estas normas y planes serán insuficientes para proteger nuestro litoral del cambio climático, en tanto que ofrecerán soluciones parciales (e insuficientes) frente a un problema al que sólo puede hacerse frente a través de un enfoque global e integrado.

Dicho esto, hay que advertir, al menos en el caso de Andalucía, que –de conformidad con las previsiones del artículo 56.6 del EAA– el Real Decreto 62/2011, de 21 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios en materia de ordenación y gestión del litoral, expresamente prevé la participación de la CAA en la planificación y programación de las obras de interés general y la emisión de los correspondientes informes sobre la calificación de interés general, así como la ejecución y gestión de dichas obras de interés general en los términos previstos en un Convenio suscrito con la Administración General del Estado. Convenio que, hasta la fecha de cierre de estas líneas, no ha sido suscrito.

#### **4. El convenio de colaboración administrativa como instrumento de gestión integrada del litoral.**

De lo hasta ahora expuesto en este estudio, y especialmente en el apartado anterior, se concluye que *“la protección y mejora del espacio litoral no puede abordarse separadamente por cada una de las Administraciones con atribuciones en el mismo”*.

Estas palabras (en cursiva) no pertenecen, sin embargo, a quienes escriben el presente trabajo, sino que son la rotunda afirmación con la que comienza el texto del “*Convenio de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Gobierno de Canarias para la gestión integral y sostenible del litoral*”<sup>38</sup>.

Y es que, ciertamente, las diferentes Administraciones Públicas han adquirido plena consciencia de la necesidad de establecer mecanismos de colaboración y cooperación que, más allá del respeto y la coordinación competencial, hagan frente común para lograr una adecuada –e integrada– gestión del litoral.

El convenio de colaboración interadministrativo no es sino una expresión de esa cooperación voluntaria; las partes libremente y mediante acuerdo, deciden actuar sus competencias de forma mancomunada, pero sin que –en modo alguno– pueda suponer una renuncia esas competencias. Un convenio de este tipo no puede servir para alterar el régimen de titularidad de la competencia, pero sin duda sí es un buen mecanismo para facilitar su ejercicio concurrente. Como indica MARTÍN HUERTA<sup>39</sup> la articulación de competencias concurrentes y el establecimiento de fórmulas cooperativas son también objeto de frecuente remisión en un Real Decreto de Traspasos a su desarrollo mediante convenio, creando órganos de composición mixta con funciones decisorias o como instrumento de desarrollo de la interpretación de las competencias fijadas por aquellos.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Real Decreto de traspaso, como ya hemos indicado, se contempla expresamente la figura del convenio de colaboración a fin de articular la forma de participación en las obras de interés general del Estado, así como, en general, para “el desarrollo del estudio, ejecución y gestión de obras, que sean competencia de ambas Administraciones.”<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Suscrito con fecha 4 de febrero de 2006, en Las Palmas de Gran Canaria. Véase Resolución de 23 de marzo de 2007, de la Dirección General de Costas, por la que se publica el Convenio en BOE núm. 94, de 19 de abril de 2007, p. 17374.

<sup>39</sup> *Vid.*, MARTÍN HUERTA, P., *Los Convenios Interadministrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2000.

<sup>40</sup> También, la figura del convenio de colaboración administrativo servirá para concretar la forma de utilización y evolución de los actuales sistemas de información, DUNA.

#### IV. PRINCIPALES NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE COSTAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL LITORAL Y CAMBIO CLIMÁTICO. ESPECIAL INCIDENCIA EN ANDALUCÍA

##### 1. Razones determinantes de la necesidad de modificación de la Ley de Costas vigente.

Desde que se aprobó la Ley de Costas vigente, el 21 de julio de 1988, debido a su carácter excesivamente riguroso para algunas cuestiones (especialmente en la cuestionada aplicación del régimen retroactivo contenido en sus disposiciones transitorias), muchas han sido las presiones y los intentos de rebajar el intenso nivel de protección en ella contenido. Lo cierto es que, aún cuando mucho se ha discutido<sup>41</sup> sobre la posible reforma de la Ley de Costas vigente, tras más de 20 años desde su entrada en vigor, la misma no se ha producido hasta la fecha.

Desde el punto de vista finalista (artículo 3.1 del Código Civil) y a la luz de la contundencia de su Exposición de motivos, no cabe duda que la Ley de Costas vigente y su Reglamento de desarrollo parten de una posición eminentemente proteccionista o tuitiva del litoral, y así lo ha reconocido la Jurisprudencia y la doctrina.

Como señala BLASCO DÍAZ<sup>42</sup> se asume que al actual estado de cosas se ha llegado por la falta de una adecuada conciliación entre las diversas actividades que se han desarrollado en el litoral y su preservación, y sin que se aliviaran las tensiones entre los intereses concurrentes de las diversas instancias públicas territoriales.

La Ley de Costas vigente, como expresa su Exposición de Motivos, parte del objetivo de garantía de la conservación del dominio público marítimo-terrestre ante la grave degradación del mismo<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> A título ilustrativo, y entre muchos trabajos, *Vid.*, GARCÍA PÉREZ, M., “A vueltas con la Ley de Costas. La pretendida reforma de su disposición transitoria primera por la Ley de Navegación Marítima”, *Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental*, Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIE-DA-CIEMAT), 29 de octubre de 2010.

<sup>42</sup> *Vid.* BLASCO DÍAZ, J.L., “La distribución competencial en materia de costas”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals (REAF)*, núm. 10, abril 2010, pp. 245-285.

<sup>43</sup> Sobre este tema, *vid.*, *in extenso*, la monografía de RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Comentarios a la Ley de Costas*, Ed. Dijusa, Madrid, 2003.

En consecuencia, conservación, recuperación y regeneración del dominio público marítimo-terrestre, disfrute de la colectividad, garantía del uso público y desarrollo sostenible, son conceptos claves que han sido tenidos en consideración a la hora de interpretar la normativa aplicable, y en suma, al resolver las dudas jurídicas que se planteen en la gestión del litoral. Podríamos hablar así de una finalidad clara y ambiciosa; la satisfacción del principio de “*sostenibilidad costera*”. Si bien, pasadas dos décadas de su promulgación, sus objetivos no siempre se han cumplido, y llegado el momento de ejecutar algunas de sus previsiones más espinosas –demoliciones– se nos presenta finalmente la cuestionada reforma.

En ese contexto, el Gobierno de España fija como una de sus prioridades normativas de la presente Legislatura, la aprobación de la tan ansiada reforma de la Ley de Costas vigente, de forma que el pasado 13 de julio de 2012, el Consejo de Ministros aprueba el Borrador de Anteproyecto de Ley de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

Ya ese texto inicial parte de un análisis crítico de la aplicación de la Ley de Costas vigente, en la medida en que su puesta en práctica no ha sido del todo eficaz, y hace hincapié en la protección del litoral desde un prisma preventivo.

Más allá de los términos contenidos en la Exposición de Motivos, la realidad es que el texto de la modificación que se ha publicado tiende principalmente a rebajar la aplicación de ciertos aspectos de la Ley de Costas vigente y a prorrogar el régimen transitorio (el plazo máximo de las concesiones pasa a 75 años y se permite la transmisión *inter vivos*).

Bajo la recurrida invocación del principio de seguridad jurídica, se pretende mejorar la situación de titulares de derechos preexistentes en la costa y se introducen medidas de acceso a la información sobre la situación de los deslindes y la afección a las propiedades. En nuestra opinión, la seguridad jurídica, entendida como certeza o confianza en el régimen jurídico aplicable, no es del todo postulable en esta reforma, pues las reglas de juego en el dominio público costero son bien conocidas y fueron bendecidas por el máximo intérprete de la Constitución. Quizá bastaría con invocar directamente otros factores como la realidad social y financiera sobrevenida en el tiempo, la necesidad de dar confianza económica, o la falta de aceptación social de algunos de los principios contenidos en la normativa existente. De igual modo, la incorrecta o dispar aplicación de la Ley de Costas vigente y el Reglamento por cada Demarcación podría haberse solucionado por otras vías más sencillas, como la aprobación de directrices o instrucciones internas.

Como todo lo que implique tantear algo relativo a este asunto, ya desde un principio el borrador de Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente ante el Consejo de Ministros ha sido criticado por algunos sectores, como el de asociaciones conservacionistas y ecologistas, que ven en él un intento de privatizar la costa; pero también por los grupos de propietarios afectados, que aunque lo consideran un avance, parten de la necesidad de derogar o suprimir cualquier efecto retroactivo de la ley de 1988. Si bien, la batalla parece decantarse a favor de estos últimos, de tal modo que el propio Anteproyecto invoca expresamente el Informe Auken del Parlamento Europeo<sup>44</sup>.

Este no es sino un ejemplo más de la dificultad de llevar a la práctica el concepto de sostenibilidad o desarrollo sostenible en los tiempos que corren, en cuanto implica algo tan complejo como aunar la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. En nuestra opinión, entendemos que debe jugar un especial papel la coordinación y colaboración administrativa a las que nos hemos venido refiriendo en el presente trabajo. Posiblemente, uno de los motivos del fracaso en la aplicación de la Ley de Costas vigente deriva de la falta de eficacia en la cooperación y colaboración entre las distintas Administraciones Públicas, e incluso —a veces— por la inexistencia de coordinación entre departamentos de la misma Administración, tal y como desarrollaremos más adelante.

## **2. Análisis de las modificaciones más relevantes introducidas en el Proyecto de Ley.**

Como es lógico, a la fecha de cierre de estas líneas aún desconocemos cómo quedará finalmente el texto definitivo después de su tramitación parlamentaria<sup>45</sup>, pero lo que sí que podemos afirmar ya con rotundidad es que la

---

<sup>44</sup> Informe de 20 de febrero de 2009 sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248(INI)). Ponente Margrete Auken. La Comisión de Peticiones entiende y respalda a las autoridades españolas en sus intentos de conservación y de, en su caso, restauración del entorno costero. Lo que no entiende es por qué se ha recuperado la Ley de Costas de 1988 a estas alturas, después de estar treinta años prácticamente en desuso mientras se producía tanta devastación

<sup>45</sup> El 5 de octubre de 2012, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de modificación de la Ley de Costas de 1988, que, en esencia, mantiene el texto ya propuesto en el Borrador de Anteproyecto de Ley.

modificación pretendida en el Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el día 5 de octubre de 2012 es profunda y de bastante calado: por un lado en el artículo primero se modifican determinados preceptos de la Ley de Costas vigente (se modifican 18 artículos y se introduce un nuevo artículo 13 bis, y también se modifican las disposiciones transitorias y adicionales); por otro, en el artículo segundo se incluye el nuevo régimen de prórrogas de concesiones ya existentes. También se contemplan seis disposiciones adicionales, que incluyen la revisión de los deslindes ya ejecutados y que se vean afectados por la nueva ley o la absolución (por no utilizar el término “amnistía”) de ciertos núcleos de población. Se establece un determinado régimen transitorio, y en la disposición final segunda se anuncia la necesidad de revisar el Reglamento de desarrollo de la Ley de Costas en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la nueva Ley.

No es objeto de este trabajo un estudio detallado del proyecto de reforma, pero sí creemos necesario realizar una somera mención a las innovaciones legislativas más relevantes, destacando los siguientes:

A. Cambio parcial del concepto de DPMT y los bienes que lo integran.

El Proyecto de Ley prevé la modificación del Título Primero “Bienes de dominio público marítimo-terrestre” (se modifican los artículos 3, 4, 11, 12, 13 y se incluye un artículo 13 bis) lo que implica cambiar parcialmente el concepto de dominio público marítimo-terrestre y los bienes que lo integran, de forma que en términos generales se reducirá el mismo, excluyéndose expresamente los terrenos que fueren inundados artificial y controladamente, siempre que antes de la inundación no fuesen de dominio público.

Así, se precisa que el concepto de d.p.m.t se fijará hasta dónde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos a partir de los criterios técnicos que se establezcan reglamentariamente<sup>46</sup>, y se incluyen nuevas definiciones cuyo alcance será preciso analizar desde el punto de vista científico, por ejemplo en el caso de las dunas que parece limitarse a las móviles y no a las fósiles (con posibles efectos en lugares tan emblemáticos como el P.N. de Doñana). Lo que hará necesario, tal y como se prevé, una revisión de los deslindes ya ejecutados.

---

<sup>46</sup> La redacción del borrador inicial hacía mención a “*las referencias comprobadas que se dispongan*”.

Para los críticos con la reforma, estas nuevas definiciones pueden tomar especial importancia en un escenario de cambio climático y en consecuencia de reducción de la línea de costa por el aumento del nivel del mar, aspecto que no parece haber sido tenido en consideración por el Proyecto de Ley en el conjunto de sus determinaciones. De igual modo, con la modificación de algunos aspectos que afectan a la definición del dominio público marítimo terrestre se tendrá que acometer un nuevo proceso de revisión de los deslindes ya ejecutados, con las dificultades inherentes a estos largos y polémicos procedimientos administrativos, máxime si tenemos en cuenta que tras más de veinte años de su publicación y con cientos de litigios pendientes, todavía no se han culminado los deslindes derivados de la ley vigente<sup>47</sup>.

### B. Ampliación del plazo de las concesiones.

Se establecen nuevas previsiones sobre la anotación marginal del inicio del deslinde y sobre la inscripción registral de los bienes d.p.m.t. resultantes del deslinde, en términos similares a otros bienes demaniales y se amplía el supuesto de revisión de los deslindes. Si tras la revisión hay propietarios afectados éstos pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación, si bien la Administración otorgará de oficio la concesión, por un plazo de 75 años y sin obligación de pagar el canon, salvo renuncia expresa del interesado o que afecte a la integridad del dominio público marítimo-terrestre. Vemos aquí una de las grandes y polémicas novedades: la previsión referida a la ampliación a 75 años de la vigencia de las concesiones, plazo que unido inicial de 30 años, cercano a caducar en muchos casos, supone para algunos la privatización de la costa y la imposibilidad de cumplir los principios de uso y disfrute públicos que perseguía la ley, mientras que —para otros— es un punto de respeto, aunque no definitivo, a su derecho a la propiedad privada.

A la vista de esta ampliación de plazos (que pueden llegar a superar el máximo de 99 años), hemos de plantearnos desde un punto de vista jurídico, hasta qué punto es compatible una ocupación gratuita del demanio público de tan larga duración con las categorías tradicionales del Derecho Administrativo, y con la propia esencia del bien demanial. Debe recordarse, como señala la STC 227/1988, que la incorporación de un bien al dominio público supone una téc-

---

<sup>47</sup> En relación con el régimen jurídico de los deslindes en la Ley de Costas vigente, es imprescindible la consulta de la monografía de HORGUÉ BAENA, C., *El deslinde de costas*, Ed. Tecnos e Instituto García Oviedo, Madrid, 1995.

nica dirigida a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, con el fin de “asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privados, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional, garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial u otros similares”. Y, siguiendo la STC 149/1991 debe entenderse que “todos los espacios enumerados en el artículo 132.2 se integran en el dominio público del Estado, aunque se encomiende al legislador el establecimiento de su régimen jurídico y, por supuesto, a actuaciones ulteriores de la Administración la delimitación de sus confines”.

En este sentido, el artículo 33 de la Ley de Costas vigente y el artículo 64 del Reglamento parten del principio general de utilización y ocupación de las playas<sup>48</sup>, lo que no parece casar del todo con estas nuevas previsiones. Incluso desde un punto de vista de derecho de la libre competencia (el uso del suelo como *input* económico) cabría plantear objeciones a la reforma.

### C. Transmisibilidad de las concesiones inter vivos y mortis causa.

Otra novedad también importante, es que se prevé que la transmisibilidad de las concesiones sea tanto por actos inter vivos como mortis causa.

Hasta la fecha, como es bien conocido, estaba prohibida con carácter general en el primer caso<sup>49</sup>.

Nos hallamos ante una de las modificaciones que ya se atisbaban en el proyecto de Ley de Navegación Marítima. Hasta ahora no sólo no cabía la transmisión, sino que incluso cualquier contrato que implique la participación de

<sup>48</sup> Dispone el artículo 33 de la Ley Costas vigente que: “1. Las playas no serán de uso privado, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley sobre las reservas demaniales”.

2. Las instalaciones que en ellas se permitan, además de cumplir con lo establecido en el artículo anterior, serán de libre acceso público, salvo que por razones de policía, de economía u otras de interés público, debidamente justificadas, se autoricen otras modalidades de uso.

3. Las edificaciones de servicio de playa se ubicarán, preferentemente, fuera de ella, con las dimensiones y distancias que reglamentariamente se determinen.

4. La ocupación de la playa por instalaciones de cualquier tipo, incluyendo las correspondientes a servicios de temporada, no podrá exceder, en conjunto, de la mitad de la superficie de aquella en pleamar y se distribuirá de forma homogénea a lo largo de la misma”.

<sup>49</sup> Salvo para las concesiones que sirvan de soporte a la prestación de un servicio público, cuando la Administración autorice la cesión del correspondiente contrato de gestión del servicio, así como las reguladas en la Ley 23/1984, de 25 de junio, de Cultivos Marinos, y las vinculadas a permisos de investigación o concesiones de explotación previstos en la legislación de minas e hidrocarburos.

terceros en la explotación de la concesión debe notificarse a la Administración competente, a menos que se trate de concesiones inherentes a la prestación de un servicio público.

#### D. Sustitución de las Autorizaciones por Declaraciones Responsables.

Por otro lado, en línea con la Directiva 2006/123/CE (Directiva de Servicios), se sustituye el procedimiento de Autorización por el de Declaración Responsable, para las obras de reparación, mejora, consolidación y modernización de la zona de servidumbre de protección, siempre que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie.

En todo caso, hay que aclarar que esta previsión no impide el control administrativo *ex post*, ni empece a la eventual exigencia de otro tipo de licencias o autorizaciones, previo análisis de un juicio de proporcionalidad.

#### E. Cláusula anti-Algarrobico.

Una de las cuestiones más mediáticas de la reforma se contiene en la modificación del artículo 119, al introducirse la que se ha venido a denominar cláusula “anti-Algarrobico”. Así, se prevé que el Delegado de Gobierno, a instancia del Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente pueda suspender en vía administrativa los actos y acuerdos adoptados por las entidades locales que afecten a la integridad del dominio público marítimo-terrestre o de la servidumbre de protección, todo ello de acuerdo con el de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local (en adelante, también, la “LBRL”).

Sin perjuicio de la posible infracción del principio de autonomía local y otros principios constitucionales, una de las cuestiones que ha planteado esta cláusula es la de la posible invasión de las CCAA que han asumido competencias en la materia. En la medida que estas Comunidades asumen las competencias ejecutivas –autorizaciones y sanciones referidas a ocupaciones ordinarias, es decir aquellas que no afecten a la integridad del d.p.m.t.– la atribución de esa facultad estatal, entendemos que si se interpreta en términos absolutos, pudiera de alguna manera afectar al ejercicio de esa competencia autonómica, al vaciarla de contenido.

Desde el prisma del reparto competencial en materia de costas, la suspensión estatal, en su caso, sólo podría operar en supuesto de actuaciones en zona del d.p.m.t. o de servidumbre de protección que *afecten o atenten contra la integridad del demanio o al mantenimiento de las servidumbres de tránsito y acceso que garantizan su libre uso* (STC 149/1991). En este sentido, en la redacción del Anteproyecto de Ley, el borrador anunciado se ha cuidado de incluir la cautela de que sólo se suspenderán los actos municipales cuando *“afecten a la integridad del dominio público marítimo terrestre o de la servidumbre de protección o que supongan una infracción manifiesta de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente ley”*.

Ahora bien, no es menos cierto que desde otros puntos de vista competenciales, la previsión que se introduce no es sino una concreción del régimen ya establecido con carácter general (y cuyo procedimiento queda expresamente salvaguardado por el Anteproyecto de Ley) en el artículo 67 de la LBRL<sup>50</sup>.

En cualquier caso, como razona la STC 149/1991 con ocasión de abordar la potestad sancionadora, *“En general, sea cual sea la Administración competente, no pueden las restantes permanecer pasivas, dados los términos generales del art. 101, que obliga a todas las Administraciones con competencias confluyentes sobre las costas (estatal, autonómica y locales) a efectuar las comprobaciones necesarias, y a tramitar todas las denuncias que reciban, sin perjuicio de dirigirse (mediante la correspondiente denuncia, en su caso) a las autoridades que estimen competentes para imponer las sanciones que procedan.”*

Dicho esto, sin perjuicio de los posibles conflictos entre Administraciones, no podemos dejar de poner de manifiesto la necesidad de articular fórmulas de cooperación y colaboración constitucionalmente reconocidas a fin de salvaguardar el interés general ante la complejidad del reparto competencial en la materia, derivada de la concurrencia de diversos títulos competenciales sobre el dominio público. Las propias sentencias del TC ponen de manifiesto con especial fuerza, la necesidad de valorar los mecanismos de coordinación creados para articular la defensa de los intereses concurrentes sobre la franja costera,

---

<sup>50</sup> A cuyo tenor *“1. Si una Entidad local adoptara actos o acuerdos que atenten gravemente al interés general de España, el Delegado del Gobierno, previo requerimiento para su anulación al Presidente de la Corporación efectuado dentro de los diez días siguientes al de la recepción de aquéllos, podrá suspenderlos y adoptar las medidas pertinentes para la protección de dicho interés.*

*2. El plazo concedido al Presidente de la Corporación en el requerimiento de anulación no podrá ser superior a cinco días. El del ejercicio de la facultad de suspensión será de diez días, contados a partir del siguiente al de la finalización del plazo del requerimiento o al de la respuesta del Presidente de la Corporación, si fuese anterior.*

*3. Acordada la suspensión de un acto o acuerdo, el Delegado del Gobierno deberá impugnarlo en el plazo de diez días desde la suspensión ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.*

fundamentalmente a través de los informes preceptivos de una u otra Administración que contempla la misma legislación de costas y los Reales Decretos de traspaso. Con fundamento en estos principios, y en el principio de prevención comunitario, creemos importante que la adopción de este tipo de medidas no prescinda de la necesaria cooperación y colaboración administrativa previa.

F. Nuevo régimen de prórroga de las concesiones otorgadas al amparo de la normativa anterior y régimen especial y transitorio.

Tal y como ya hemos avanzado, el artículo segundo del Proyecto de Ley contempla la prórroga de las concesiones para la ocupación del dominio público marítimo-terrestre ya existentes. La prórroga que se conceda dependerá de los usos previstos, y tendrá un plazo máximo de 75 años. Al igual que para el régimen general las ocupaciones para usos destinados a determinadas actividades industriales (extractiva, química, energética, etc.) requerirá informe favorable de la Comunidad Autónoma donde radique la ocupación.

Por último, el Proyecto de ley contiene seis Disposiciones Adicionales, que establecen el régimen jurídico especial para ciertas situaciones particulares, entre las que destacan: la publicación de las líneas del deslinde en la sede electrónica del Ministerio (lo cual no es sino una obligación derivada del derecho de acceso a la información ambiental<sup>51</sup>); el deslinde especial de la Isla de Formentera en atención a sus condiciones geológicas; la ya citada revisión de los deslindes; el deslinde en determinados paseos marítimos o el reintegro al dominio privado de bienes que dejen de ser d.p.m.t.; así como la exclusión del dominio público ciertos núcleos de población referidos en el Anexo de la norma (en Andalucía son: la ría de Punta Umbría el Caño del Crespo y el casco urbano de Isla Cristina, así como Pedregalejo y El Palo en Málaga). Parece que esta previsión obedece a las particulares circunstancias históricas o sociales de estos lugares, pero tampoco encontramos una motivación expresa de la exención del régimen general para estos núcleos, lo que puede crear agravios comparativos y justas reivindicaciones de lugares similares<sup>52</sup>. Aunque no se diga expresamente, del régimen contenido en la Disposición Adicional Sexta se extrae

---

<sup>51</sup> 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 (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

<sup>52</sup> Podría considerarse que viene a infringir los artículos 132 y 14 de la CE.

que estos lugares pasan a ocupar terrenos patrimoniales del Estado, que podrá transmitirlos a sus ocupantes por las vías generales de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, lo que –sin duda– ocasionará enormes dificultades de aplicación práctica.

### **3. Conclusión. Necesidad o conveniencia de articular mecanismos de colaboración realmente eficaces contra los efectos del cambio climático. La reforma de la Ley de Costas: ¿una oportunidad perdida?**

Ante el complejo reparto competencial y la concurrencia de competencias sobre el mismo espacio físico, es necesario que las políticas de sostenibilidad costera se planifiquen y articulen con sentido común, de manera que las Administraciones que tienen que gestionar ese espacio tan sensible y dinámico como es el litoral se coordinen adecuada y eficazmente, para que sus decisiones se complementen y no se contradigan<sup>53</sup>.

Por desgracia, el tiempo ha demostrado que a pesar del ambicioso texto de la Ley de Costas vigente, y de los logros conseguidos por la misma, lo cierto es que su incorrecta o defectuosa aplicación, e incluso –en el peor de los casos– directamente su inaplicación, ha continuado propiciando irracionales abusos en nuestra costa. Frente a esta realidad y más al contrario, en un escenario de cambio climático, que implica un aumento del nivel del mar y, en general, una alteración de la dinámica del litoral, se antoja imprescindible el establecimiento de mecanismos legales que coadyuven a la protección de nuestra costa.

La práctica también ha demostrado en diversas ocasiones durante los últimos años que la falta de implementación de esas medidas de protección del litoral y la culminación de nuevos atentados urbanísticos se ha visto facilitada por la falta de coordinación entre las Administraciones implicadas. Como

---

<sup>53</sup> A este respecto, hay que tener en cuenta la muy reciente aprobación en Andalucía del Decreto-Ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía, cuyo objetivo principal es la elaboración del Plan de protección del Corredor del Litoral de Andalucía, de cara a proteger los espacios no urbanizados y evitar el deterioro del paisaje y la pérdida de ecosistemas valiosos, así como incrementar la calidad de la franja costera (espacio que ocupa un 15% de la superficie de Andalucía y acoge al 40 por ciento de su población). Entre las previsiones más relevantes y polémicas, el Decreto-Ley suspende cautelarmente la tramitación urbanística de los suelos urbanizables no desarrollados de aquellos municipios litorales no adaptados al POTA y que, por tanto, no garantizan su adecuación a las previsiones de crecimiento contenidas en el mismo, lo que afecta a 52 municipios costeros andaluces.

ejemplo paradigmático de ello en Andalucía, en el Parque Natural Cabo de Gata, tenemos la construcción del hotel “El Algarrobico”.

Viendo las cosas desde un punto de vista positivo, creemos que el contexto económico desfavorable derivado de la crisis económica hemos de interpretarlo, también en este ámbito, como la oportunidad de empezar de nuevo y corregir los errores cometidos en el pasado.

Superando una visión a corto plazo y –lo queramos aceptar o no– ante los efectos ya visibles del cambio climático, si queremos que las generaciones futuras lo disfruten igual o más que nosotros, el litoral español ha de regenerarse, comenzando por recuperar aquellos espacios de singular valor ambiental o paisajístico. El desarrollo en estas zonas tendrá que modularse por instrumentos de planificación concertados que aborden la realidad existente desde una visión global, y en el que participen todas las Administraciones y agentes implicados.

Para ello, será preciso unificar criterios y, cuando sea conveniente, establecer medidas correctoras.

Aunque muchos de estos mecanismos ya están previstos en normas legales vigentes, entendemos que la reforma de la Ley de Costas no debe ser una oportunidad perdida para la implementación de nuevos mecanismos eficaces de cooperación y para la profundización en los ya existentes, de manera que se no se vuelvan a repetir las disfunciones y errores del pasado.

Más allá de Conferencias Sectoriales, de Comisiones y de Consejos de expertos<sup>54</sup>, consideramos necesaria la creación de órganos de cooperación con verdaderas capacidades directivas a niveles territoriales inferiores. En caso contrario, se corre el riesgo de caer en la inoperancia o en la ineficiencia<sup>55</sup>. En nuestra opinión, estos órganos deberían:

1º. Disfrutar de competencias decisorias en cada una de las unidades de gestión de las demarcaciones hidrográficas contempladas en la Estrategia para la Sostenibilidad de la Costa.

---

<sup>54</sup> Sin desmerecer en modo alguno su interés, me refiero especialmente a la “Comisión para la sostenibilidad de la costa” y al “Consejo científico de expertos” previstos en la “Estrategia para la sostenibilidad de la costa”.

<sup>55</sup> Al respecto, se deben traer a colación las reflexiones de GONZÁLEZ NAVARRO, F., quien, sobre las Conferencias Sectoriales previstas en la Ley del Proceso Autonómico, afirmaba: “Desde luego, no creo que por reunirse a hablar de los problemas comunes vayan éstos a resolverse, ni por intercambiar puntos de vista vaya a pro-

2º. Estar integrados por representantes de todas las Administraciones territoriales afectadas, incluidas las Locales.

3º. Implementar las directrices que pueda establecer la “Comisión para la sostenibilidad de la costa” (y, en su caso, los acuerdos de las Conferencias Sectoriales), teniendo en cuenta los criterios expuestos por el “Consejo científico de expertos”, y todo ello con el fin, como expresa la Estrategia, de que todos los poderes públicos “*colaboren y se coordinen con sentido común e inteligencia, apoyados por el conocimiento, sobre los procesos naturales que afectan a la costa, para dar respuesta a los desafíos a los que nos enfrentamos, y atender así al interés general, no sólo de esta generación sino de las futuras*”.

Volviendo al controvertido asunto del Algarrobo y a la visión constructiva que aquí propugnamos, nos quedamos con la firma el 15 de noviembre de 2011, del Protocolo general de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino y la Junta de Andalucía, para la recuperación de la playa de El Algarrobo, en el término municipal de Carboneras, Almería<sup>56</sup>, que si bien tiene un sentido meramente programático (artículo 6.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), arrojando luz al final del túnel, parte de la necesidad de garantizar la actuación coordinada de ambas administraciones en orden a la demolición del edificio, así como a la posterior restauración ambiental de la zona, todo ello de acuerdo con los pronunciamientos judiciales que posibiliten tal solución y sin perjuicio de la posible repetición a terceros.

Se trata de un buen ejemplo de esa tan ansiada colaboración administrativa que aquí demandamos, si bien esperamos que nunca más se tenga que acudir a ella para solucionar un despropósito como el del referido y tristemente famoso Hotel.

---

*ducirse el deseado efecto de la coordinación... O a estas conferencias se les atribuyen funciones decisorias o la coordinación no se obtendrá por más buena voluntad que se ponga en ello. (...) Y ello porque esa mítica coordinación es el resultado del recto ejercicio de las funciones directivas (esto es, de la planificación, la organización, el mando strictu sensu., y el control). En cualquier caso, ese resultado está muy lejos de (en realidad no tiene nada que ver con) la verdadera y propia coordinación que, como he dicho y no está más de repetir, sólo puede lograrse si los órganos de que se trata tienen atribuidas funciones decisorias”.* En GONZÁLEZ NAVARRO, F., y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Vol. I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 357.

<sup>56</sup> Publicado mediante Resolución de 22 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar (BOE nº 293, de 6 de diciembre).

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BARRAGÁN MUÑOZ, J.M., y FERNÁNDEZ-PALACIOS CARMONA, A., “Gestión integrada del litoral: hacia una nueva estrategia andaluza”, *Revista de Medio Ambiente*, núm. 51, Invierno/2005.
- BLASCO DÍAZ, J.L., “La distribución competencial en materia de costas”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals (REAF)*, núm. 10, abril 2010, pp. 245–285.
- CALERO RODRÍGUEZ, J.R., *Régimen jurídico de las costas españolas*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1995.
- DEL CASITLLO MORA, D., y SÁNCHEZ CARMONA, M. (Coord.), *La Tutela Jurídica de la Red de Espacios Protegidos de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, 2011.
- FAJARDO ESPÍNOLA, L., “Coordinación de la actividad de las diferentes administraciones sobre la costa (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio)”, *Revista de Administración Pública* núm. 128, mayo–agosto de 1992.
- GARCÍA PÉREZ, M., “A vueltas con la Ley de Costas. La pretendida reforma de su disposición transitoria primera por la Ley de Navegación Marítima”, *Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental*, Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA–CIEMAT), 29 de octubre de 2010.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Vol. I, Ed. Cívitas, Madrid, 1997.
- HORGUÉ BAENA, C., *El deslinde de costas*, Ed. Tecnos e Instituto García Oviedo, Madrid, 1995.
- MARTÍN HUERTA, P., *Los Convenios Interadministrativos*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2000.
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (Dir.), *La Protección del Patrimonio Litoral*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2008.

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Comentarios a la Ley de Costas*, Ed. Dijusa, Madrid, 2003.
- VV.AA., *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), Sevilla, 2008.

JURISPRUDENCIA





## COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

### **La sentencia de 17.12.2012 del TSJA recaída en el recurso directo contra el Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, que regula los comités de ética asistencial y de investigación biomédica en Andalucía**

*Antonio A. García García*

Letrado de Administración Sanitaria  
Servicio Andaluz de Salud

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RESUMEN DE LA SENTENCIA. III. ANÁLISIS DE LOS RAZONAMIENTOS Y DOCTRINA QUE CONTIENE LA SENTENCIA. IV. COMENTARIO.

#### I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de 17.12.2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, con sede en Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Ponente Ilma. Sra. D.ª M.ª Luisa Martín Morales), ha desestimado íntegramente el recurso directo del Consejo Andaluz de Colegios de Diplomados en Enfermería contra el Decreto 439/2010, de 14 de diciembre (BOJA nº 251, de 27 de diciembre), que regula los órganos de ética asistencial y de la investigación biomédica en Andalucía. Con carácter genérico podemos englobar estos órganos colegiados en el término ‘comités de ética’, que es como vienen siendo conocidos generalmente en la literatura médica y bioética.

La primera referencia a estos comités de ética en las fuentes jurídicas se produjo en la famosa Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de New Jersey de 31 de marzo de 1976<sup>1</sup>, recaída en el proceso de Karen Ann Quinlan. Esta

---

<sup>1</sup> texto íntegro en inglés en internet:  
[http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/In\\_Re\\_Quinlan.pdf](http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/In_Re_Quinlan.pdf).

joven de veintidós años de edad, había sufrido dos paradas cardiorrespiratorias el año anterior, y como consecuencia de la falta de oxigenación del cerebro (anoxia), cayó en ‘estado vegetativo crónico persistente’ y sin posibilidad de recuperación. El proceso fue iniciado por sus padres para conseguir autorización judicial para que le fuera retirado el respirador artificial que la mantenía con vida, ante la negativa de los médicos, por considerar dicha retirada de soporte vital como contraria a la *buena práctica médica*.

La respuesta en la primera instancia judicial fue negativa. El Juez Muir en la primera sentencia del caso consideró que la responsabilidad en la toma de decisiones en un caso como éste corresponde a la profesión médica, en la que no deben inmiscuirse los tribunales. Sin embargo, el Tribunal Supremo del Estado rechazó ese planteamiento de pretender mantener la exclusividad de la profesión médica en los ‘procesos de toma de decisiones’. Por el contrario, el Tribunal fue tajante en afirmar que cuestiones como ésta sí son enjuiciables por los Tribunales, que nada debe impedir reexaminarlas a la luz de los valores y derechos humanos, y que aquéllos deben resolverlas no sólo con los conceptos médicos sino con las ideas y valores de la comunidad en general porque, en último término, un Tribunal tiene una responsabilidad ‘no delegable’, que es hacer justicia en todo momento.

De dichas circunstancias y de la necesidad de garantizar a los médicos, en el ámbito de esta clase de dilemas, algún tipo de inmunidad, similar a la reconocida en favor de Jueces y Jurados, procede la asunción por el Tribunal de la propuesta del Pediatra Dr. Karen Teel (publicada en la revista jurídica americana ‘Baylor Law Review’) de utilizar los Comités de Ética, –ya constituidos en muchos hospitales en esa época–, como instrumento para revisar las circunstancias particulares de estos dilemas por parte de órganos colegiados, formados por médicos, trabajadores sociales, abogados y teólogos y cuyo status sería el de un órgano consultivo, quedando su autoridad restringida al hospital que lo constituye. El Tribunal pondera la utilidad de un órgano pluridisciplinar semejante, *por el valor que aportan a la resolución de estos dilemas los puntos de vista adicionales, procedentes de formaciones académicas distintas y, posiblemente, menos contaminadas que las motivaciones –loables sin duda– de la familia y de los médicos responsables directamente del cuidado del paciente.*”

Por otra parte, la Sentencia formula un principio considerado –hoy día– como esencial o de consenso por los bioeticistas norteamericanos como es que, de un lado, recurrir generalizadamente a la intervención judicial para confirmar esta clase de decisiones sobre retirada de tratamientos puede convertirse en una invasión innecesaria del campo de competencia de la profesión médica

y, de otro lado, porque la judicialización general del proceso de toma de decisiones sanitarias sobre el final de la vida lo convertiría en algo *‘engorroso’ e imposible de llevar a la práctica*.

Por ello, la Sentencia estimó la demanda en la solicitud de Joseph Quinlan de ser nombrado tutor de su hija Karen, relevando al defensor judicial nombrado durante todo el proceso pero, en segundo lugar, añadió un fallo declarativo de contenido complejo en relación con la demanda planteada. El Tribunal –consciente del impacto social y periodístico que iba a tener esta Sentencia como, en efecto, tuvo– insistió en que *“con la concurrencia del tutor y de la familia de Karen, si los médicos responsables de su cuidado concluyen en que no existiera posibilidad razonable de recuperación de su estado comatoso a un estado cognitivo y de consciencia y el aparato de soporte vital que tiene instalado pudiera ser por ello desconectado, consultarán al Comité de Ética o cuerpo similar en la institución en la que Karen está institucionalizada. Si dicho cuerpo consultivo está de acuerdo con que no existe posibilidad razonable de recuperación de Karen, el presente sistema de soporte vital podrá ser retirado y dicha acción se realizará sin que surja responsabilidad alguna civil o penal para los participantes, ya se trate del tutor, médicos, el hospital u otros. Por lo expuesto no queremos que se entienda que un procedimiento de amparo judicial sea requerido necesariamente para llevar a cabo decisiones comparables a la anterior en el campo de la práctica médica”*.

Como hemos indicado, esta resolución judicial tuvo un impacto muy considerable y determinó la extensión de estos órganos colegiados y multidisciplinares en los Hospitales norteamericanos. Pero, paralelamente en el tiempo, el descubrimiento de abusos sobre los pacientes –incluso niños deficientes– y de malas prácticas cometidos por investigadores norteamericanos en ensayos clínicos<sup>2</sup> y el consiguiente malestar y escándalo en la opinión pública, determinó que el Congreso de EEUU encargara a una Comisión la elaboración, primero de un informe sobre la investigación clínica en niños en 1977 y, posteriormente en 1978, otro más amplio y con carácter general sobre los *‘Principios Éticos y Guías para la Protección de los Derechos Humanos en la Investigación Biomédica’*, culminado en 1979 y conocido generalmente como **‘Informe Belmont’**<sup>3</sup>, que entre sus importantes conclusiones establece la obligatoriedad de revisión de los ensayos clínicos por comités de ética y que obligó a la promulgación de legislación federal sobre investigación clínica.

<sup>2</sup> Ver en internet “Experimento Tuskegee” y “Experimento Willowbrook”.

<sup>3</sup> En internet texto íntegro en español, en Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona:

<http://www.pcb.ub.edu/bioeticaidret/archivos/norm/InformeBelmont.pdf>

Contiene la formulación moderna de los denominados **“principios de la Bioética”**: el principio

La recepción legislativa de dichos principios y dicha normativa ha sido muy reciente en España, y sólo la ratificación en 1999 del denominado **Convenio de Oviedo**<sup>4</sup> la ha impulsado decisivamente. Precisamente el Fundamento de Derecho 4º de la Sentencia que analizamos, al hilo de la exposición de motivos del Decreto impugnado, efectúa una apretada síntesis de la normativa estatal y autonómica con incidencia en el objeto del proceso, que no es otro que las funciones y la composición de los comités de ética que habrán de constituirse en Andalucía, ya se trate de centros sanitarios o de investigación de titularidad pública o privada, siempre que su actividad se efectúe en el territorio de la Comunidad Autónoma (artículo 1º Decreto 439/2010).

Por último y antes de acometer el análisis de la Sentencia que comentamos es interesante reseñar que la Consejería de Salud y Bienestar Social ha formulado una denominada *‘Estrategia de Bioética del Sistema Sanitario Público de Andalucía 2011–2014’*<sup>5</sup>, entre cuyos objetivos se encuentra impulsar la implantación de diferentes tipos de Comités de Ética, como estructura principal de soporte al despliegue del marco ético del Sistema Sanitario Público en Andalucía (SS-PA) en todos los Centros y ello, mediante el despliegue de una red de Comités de Ética Asistencial (CEAs) y de Comités de Ética de la Investigación (CEIs) con el objeto de garantizar que todo Centro Sanitario este adscrito a un Comité de cada tipo, la creación de una *‘web’* de coordinación de los órganos de ética de Andalucía y la elaboración de Procedimientos Normalizados de Trabajo (PNTs) en todos los órganos de ética de Andalucía (Comité de Bioética de Andalucía, Comité Coordinador de Investigación de Andalucía, CEAs y CEIs). Esa labor de coordinación de los comités de ética e investigación de los centros de titularidad pública en Andalucía la ha encomendado la Consejería

---

de respeto a las personas (más conocido en la actualidad, conforme a las declaraciones jurisprudenciales como **‘principio de autonomía’**), el de **beneficencia y el de justicia**. El de beneficencia suele analizarse en sus dos aspectos, negativo o de **‘no maleficencia’** conforme al *primum non nocere* hipocrático y, en su aspecto positivo, el de **‘beneficencia en sentido estricto**, identificado con el logro del bienestar del paciente o, en los términos del Informe Belmont, de ponderación o ‘maximización de posibles beneficios y disminución de daños’.

<sup>4</sup> Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, conocido más brevemente como ‘Convenio de Oviedo sobre los derechos del hombre y la biomedicina’, por haber sido suscrito en esta ciudad el 4 de abril de 1997, aunque su instrumento de ratificación por España, como tratado internacional que es, no se publicó en el Boletín Oficial del Estado hasta el día 20 de octubre de 1999 (**Aranzadi RCL 1999\2638**). En vigor el 1.01.2000.

<sup>5</sup> Consejería de Salud y Bienestar Social / Profesionales / Información General-Estrategia de Bioética del Sistema Sanitario Público de Andalucía. 2011–2014.

a la Escuela Andaluza de Salud Pública, que ha creado una ‘Plataforma virtual de la Red de Comités del Sistema Sanitario Público de Andalucía’.<sup>6</sup>

## II. RESUMEN DE LA SENTENCIA

La Sentencia puede sistematizarse en tres bloques fundamentales: 1º) El Fundamento de Derecho 2º expone de forma sistemática y resumida el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Consejo Andaluz de Colegios de Diplomados en Enfermería contra el Decreto 439/10. 2º) El Fundamento de Derecho 4º aborda el análisis exhaustivo de la normativa estatal y autonómica con incidencia en el objeto del proceso y, 3º) en tercer lugar, en el FºDº 5º se analiza la competencia de la Comunidad Autónoma para la regulación de estos comités de ética asistencial e investigación, y la virtualidad de los argumentos impugnatorios formulados por la entidad recurrente.

### **1º) El recurso contencioso administrativo interpuesto por el Consejo Andaluz de Colegios de Diplomados en Enfermería.**

Como hemos señalado el FºJº 2º de la Sentencia que analizamos sistematiza el recurso interpuesto. En efecto, tres son los argumentos impugnatorios del Consejo Andaluz, que concluye reclamando la declaración expresa de nulidad de pleno derecho del Decreto impugnado:

a) Primero, y sintetizando a su vez la sentencia, la preocupación de dicho Consejo porque las concretas funciones de los comités de ética en la prevención o resolución de conflictos éticos mediante recomendaciones e informes no vinculantes, que habrán de tener como destinatarios a los pacientes, personas usuarias de los centros, profesionales de la sanidad, directivos de los centros sanitarios y responsables de las instituciones públicas y privadas. *La parte recurrente considera que las referencias a la relación clínica, a la práctica clínica y a los ámbitos de actuación inciden en el “ejercicio profesional”, excediéndose el Decreto impugnado de las competencias atribuibles.*

b) En segundo lugar, señala el FJº 2º que la síntesis de la impugnación al Decreto se concreta en que éste invoca “valores éticos” que están en el frontispi-

---

<sup>6</sup> En internet, Plataforma virtual de la Red de Comités del Sistema Sanitario Público de Andalucía: <http://si.easp.es/eticaysalud/node>.

cio de los códigos deontológicos de enfermería a nivel europeo y español; pretende regular la mejora de la calidad de la práctica cuando ésta es una responsabilidad regulada por el estatuto general de la enfermería como atribución propia de los colegios profesionales; que corre el riesgo de inmiscuirse en el territorio del ejercicio profesional; que invoca una cualificación ética que no se exige a los miembros de los comités; y *que debería incorporar aspectos que se excluyan de la competencia de tales Comités, en equiparación a lo regulado en el Decreto 61/2003, de 8 de mayo (de la Comunidad Autónoma de Madrid) que regula el régimen jurídico, de funcionamiento y la acreditación de los comités de ética para la asistencia sanitaria y regulan la Unidad de Bioética y Orientación Sanitaria y el Comité asesor de bioética de la Comunidad de Madrid.*

c) Y, en tercer lugar, indica el FJº 2º que *la parte recurrente cuestiona el modelo de ética que pueda adoptarse, al considerar que sus decisiones son prácticas; siendo el problema el referente a saber la composición de estos órganos, cuando no se regula la participación de los colegios profesionales en el órgano principal cual es el Comité de Bioética de Andalucía.*

## **2º) Fundamento de Derecho 4º: análisis de la normativa estatal y autonómica con incidencia en el objeto del proceso.**

Como poníamos de manifiesto anteriormente, al hilo de la exposición de motivos del Decreto impugnado, el FJº 4º efectúa una apretada síntesis de la normativa estatal y autonómica con incidencia en el objeto del proceso, que no es otro como hemos visto que las funciones atribuidas y la composición de los comités de ética que habrán de constituirse en Andalucía, en los centros sanitarios o de investigación de titularidad pública o privada, siempre que su actividad se efectúe en el territorio de la Comunidad Autónoma.

Comienza señalando que el Decreto 439/10 introduce *novedades sustanciales* en la configuración de los órganos de ética asistencial y la investigación biomédica. Mientras que la norma autonómica anterior –el Decreto 232/2002, de 17 de diciembre (BOJA nº 122, de 19 de octubre)– residenciaba ambas funciones –ética asistencial y de la investigación– en un único órgano (comisiones de ética e investigación sanitaria), la nueva disposición establece una clara separación entre ambas funciones, previendo la constitución de un Comité de Bioética de Andalucía (artículos 4 a 6 Decreto 439/10), de un Comité coordinador de Ética de la Investigación Biomédica de Andalucía (arts. 7 a 9), Comités de Ética Asistencial de Centros Sanitarios (arts. 10 a 13) y Comités de Ética de la Investigación de centros que realicen Investigación Biomédica (arts. 15 a 17).

A continuación la Sentencia comienza poniendo de relieve los derechos reconocidos a los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud por el artículo 22 del vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), así como las competencias de la Comunidad en materia de salud (artículo 54 Estatuto), que incluyen la investigación científica y técnica, así como la competencia exclusiva en relación con los centros y estructuras de investigación. Añadiéndose el artículo 55.1 del Estatuto que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

En un segundo plano, la Sentencia desciende al análisis de la normativa estatal básica con incidencia en la materia, comenzando por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cuyo artículo 60.6 establece que *ningún ensayo clínico podrá ser realizado sin informe previo favorable de un Comité Ético de Investigación Clínica*, que será independiente de los promotores e investigadores y de las autoridades sanitarias, debiendo acreditarse dicho comité ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma que corresponda. También menciona el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los Ensayos Clínicos con Medicamentos, cuyo Título III se refiere específicamente a estos Comités Éticos de Investigación Clínica.

Relevancia decisiva tiene a estos efectos la vigente Ley 41/2002, de 14 de noviembre, norma estatal básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que vino a incorporar a nuestra legislación interna las obligaciones asumidas por el Reino de España al suscribir y ratificar el Convenio de Oviedo (v.nota 4). Y, en un segundo momento, más reciente la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que regula la protección de los derechos de las personas sometidas a investigación, estableciendo como principios y garantías en este campo de actuación, el requerimiento de informe favorable, previo y preceptivo a la autorización y desarrollo de cualquier proyecto de investigación sobre seres humanos o su material biológico, emitido por el Comité de Ética de la Investigación. El artículo 12.1 de la esta Ley 14/2007 dispone que los comités de ética de la investigación correspondientes a los centros que realicen investigación biomédica deberán ser debidamente acreditados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma que corresponda o, en el caso de centros dependientes de la Administración General del Estado, por el órgano competente de la misma, para asegurar su independencia e imparcialidad. Y el artículo 16 añade que toda investigación biomédica que comporte algún pro-

cedimiento invasivo en el ser humano deberá ser previamente evaluada por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente del proyecto de investigación presentado y autorizada por el órgano autonómico competente.

En tercer lugar, el FJº 4º aborda un breve repaso y enumeración de la normativa autonómica andaluza en la materia: la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada, la Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica, la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del consejo genético, de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía y la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte. Esta última expresa la necesidad de facilitar el acceso a todos los centros e instituciones sanitarias a un Comité de Ética Asistencial, con funciones de asesoramiento en los casos de decisiones clínicas que planteen conflictos éticos, estableciendo en su artículo 27 *que todos los centros sanitarios o instituciones dispondrán o, en su caso, estarán vinculados a un Comité de Ética Asistencial, que será acreditado por la Consejería competente en materia de salud.*

Termina el FJº 4º con una nueva referencia a la separación de las funciones de asesoramiento en ética asistencial, de un lado, y de ética de la investigación biomédica en comités diferenciados, que presenta como novedad el Decreto 439/10 impugnado, frente al modelo anterior, ya reseñado del Decreto 232/2002.

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

Como indicábamos arriba, es el Fundamento de Derecho 5º de la Sentencia que analizamos el que aborda el examen de los motivos impugnatorios formulados por la entidad recurrente contra el Decreto 439/10. Y lo primero que cabe señalar al respecto es la debilidad de la impugnación efectuada, que carece de una sólida argumentación en Derecho, como pone de manifiesto la Magistrada ponente.

En primer término, la impugnación del Decreto es “en su totalidad”, sin concretar cuáles son los concretos vicios o extralimitaciones en que pudiera haber incurrido. Como señala la Sentencia, el Consejo recurrente se limita a expresar su “preocupación” por la incidencia del Decreto en las facultades propias de los profesionales de Enfermería que representa. Pero no se precisa *precepto alguno del que considere se derive tal afectación al ejercicio profesional de los enfermeros.* No

obstante ello, la Sentencia deduce que es el artículo 11 a) y b) del Decreto impugnado el que pudiera ser susceptible de vulnerar dichas atribuciones profesionales cuando enumera como funciones propias de los comités de ética asistencial de los centros sanitarios las siguientes:

a) Fomentar el respeto a la dignidad y la mayor protección de los derechos de las personas que intervienen en la relación clínica mediante recomendaciones a pacientes, personas usuarias de los centros, profesionales de la sanidad, directivos de los centros sanitarios y responsables de las instituciones públicas y privadas.

b) Analizar, asesorar y emitir informes no vinculantes respecto de las cuestiones éticas planteadas en relación con la práctica clínica, que puedan generarse en el ámbito de su actuación, al objeto de facilitar decisiones clínicas a través de un proceso de deliberación ética altamente cualificado.

Sin embargo, recalca la Sentencia, en primer lugar, que estas funciones *no inciden en el ejercicio profesional de los enfermeros, porque, evidentemente, la ética asistencial opera en el marco de las relaciones clínicas en las que se ubican los enfermeros, y porque las funciones de asesoramiento, análisis y emisión de informes no tienen en ningún caso carácter vinculante*. Y, en segundo lugar, porque son funciones que, en gran medida, ya atribuía a la anterior ‘Comisión de Ética e Investigación Sanitaria’ el artículo 18.5 del Decreto 232/2002<sup>7</sup>, derogado precisamente por el Decreto ahora impugnado, no existiendo por tanto novedad alguna normativa al respecto.

En segundo término, la impugnación por el Consejo recurrente de la competencia de la Comunidad Autónoma para la regulación de estos comités de ética asistencial y de ética de la investigación biomédica, es resuelta de forma breve y clara por la Sentencia de la Sala. Responde a ello que, *sin perjuicio de las facultades atribuidas a los colegios profesionales para la determinación de los códigos éticos de los profesionales que aglutinen, lo cierto es que la Comunidad Autónoma tiene competencias para establecer la regulación correspondiente a los comités de ética de investigación y asistencial, por derivación de toda la normativa habilitadora ya señalada en el fundamento anterior*.

Termina la Sentencia, antes del fallo desestimatorio del recurso, por des-

---

<sup>7</sup> Artículo 18.5 del Decreto 232/2002: Son funciones de las Comisiones de Ética e Investigación Sanitarias de centros hospitalarios y distritos de atención primaria las siguientes: a) Establecer cuantas medidas se consideren necesarias para que se haga efectivo el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos sometidos a asistencia sanitaria en sus centros. b) Asesorar en el proceso de decisiones clínicas que planteen conflictos éticos o cuando sean requeridas al efecto.

cartar que *por medio de de la impugnación de una norma general se pretenda impugnar la concreta designación de unas personas u otras como miembros de los referidos comités de ética.*

#### IV. COMENTARIO

Comenzando por la segunda impugnación del Consejo Andaluz de Colegios de Enfermería, –la falta de competencia de la Comunidad Autónoma para la regulación de estos comités de ética asistencial y de la investigación biomédica–, como señala la Sentencia no requiere de mayor extensión ni fundamentación. La propia Ley estatal 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, prevé que *ningún ensayo clínico podrá ser realizado sin informe previo favorable de un Comité Ético de Investigación Clínica*, que será independiente de los promotores e investigadores y de las autoridades sanitarias, debiendo acreditarse dicho comité ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma que corresponda

No existe, por otro lado, una norma estatal básica que establezca la regulación de estos comités de ética asistencial y de la investigación, norma que difícilmente sería admisible a la vista de la distribución de competencias en sanidad interior determinada por el bloque de la constitucionalidad. Baste a estos efectos la cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2012 de 16 de febrero (RTC 2012\22) conforme a la cual las competencias estatales se limitan a las bases y coordinación previstas en el artículo 149.1.16 CE y la Alta Inspección prevista en algunos Estatutos de Autonomía. Pero la materia organizativa de los centros e instituciones sanitarias, –y la regulación de estos comités cae de lleno en este ámbito–, es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

Respecto a la impugnación *genérica* del Consejo recurrente sobre la posible invasión de las facultades profesionales de los Diplomados en Enfermería, la respuesta de la Sentencia es breve, aunque certera, como corresponde a un recurso que carece de concretos motivos impugnatorios y que incluso no cita ni propone al Tribunal el examen de concretos preceptos reglamentarios que incurran en los vicios o extralimitaciones denunciados. Lo cierto y verdad es que las Comunidades Autónomas están obligadas a regular la creación de estos comités de ética asistencial y de la investigación biomédica, porque, en primer lugar así lo demanda un entendimiento correcto de la complejidad que ha alcanzado la asistencia sanitaria con los modernos avances tecnológicos, progreso que coloca a los profesionales sanitarios, a los pacientes y sus familias y a los responsables de la

gestión sanitaria ante dilemas éticos crecientes, que, además se han agudizado con el tremendo impacto de la crisis económica que padecemos.

Estos dilemas éticos, ya abordados en la Sentencia del Tribunal Supremo de New Jersey, que comentábamos al principio, no deben ser judicializados por principio, aunque en última instancia el control judicial es la garantía última de cierre del Estado de Derecho. Los comités de ética asistencial y de la investigación biomédica no son otra cosa, como señalaba la citada sentencia que una forma *racional* de abordar la resolución de estos dilemas, en los que no cabe otra solución ante situaciones complejas, difíciles de resolver y con posiciones morales divergentes entre los diferentes sujetos intervinientes, que el *diálogo* en el seno de órganos colegiados y multidisciplinarios, que aporten diferentes visiones del problema y que no estén contaminados por conflictos de intereses.

Por eso, el artículo 12 del Decreto 439/10 al regular la composición de los Comités de Ética Asistencial de los Centros Sanitarios dispone que *las personas integrantes de un Comité de Ética Asistencial de Centros sanitarios lo serán con carácter voluntario y a título individual, no pudiendo hacerlo en representación, o como portavoz, de asociación alguna de tipo social, profesional, ideológico, confesional o de cualquier otra índole*. Es decir, estos comités no se constituyen para la defensa de intereses corporativos, que es el objetivo legítimo de los Colegios Profesionales como el recurrente, pero que no puede admitirse en este concreto ámbito.

Añade el citado precepto que —a excepción del ciudadano *lego* previsto en el apartado h), el Comité estará integrado por un mínimo de diez miembros, pertenecientes a los centros sanitarios adscritos al mismo, entre los cuales al menos la mitad serán profesionales sanitarios con actividad clínica asistencial, en los que deberán estar presentes: a) Profesionales de la medicina, b) Profesionales de la enfermería, c) Profesionales del área de gestión y servicios, d) Una persona licenciada en derecho, preferentemente, con conocimiento en legislación sanitaria o bioderecho, e) Una persona perteneciente al área de atención ciudadana) Al menos, un directivo o responsable del área asistencial de alguno de los centros sanitarios adscritos que lo constituyen, g) Una persona perteneciente al Comité de Ética de la Investigación de alguno de los centros sanitarios adscritos, h) Una persona que no sea ni profesional sanitario ni tenga vínculos laborales con los centros sanitarios adscritos al Comité. Esta persona, que deberá prestar su consentimiento para formar parte del Comité, será elegida entre las personas usuarias de los centros adscritos.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> El artículo 12 del Decreto 439/10 continúa estableciendo que:

4. Para la designación de las personas que vayan a componer el Comité se valorarán preferentemen-

Y, finalmente, y por otro lado, quedando clara la exigencia de comités de ética de la investigación biomédica, porque la preceptividad de su informe previo entre otros aspectos –en materia de ensayos clínicos de medicamentos– está establecida por normativa estatal básica, en el ámbito de la ética asistencial existen supuestos también de informe previo preceptivo del Comité de Ética Asistencial del Centro Sanitario, como es el caso de la extracción de órganos de donante vivo, y así lo establece taxativamente el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre (Aranzadi RCL 2000\10), cuyo artículo 9 dispone que: la extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que puedan esperarse grandes posibilidades de éxito del trasplante y no se aprecie que se altere el libre consentimiento del donante a que se refiere el apartado 1 c) de este artículo. Será necesario un informe preceptivo del Comité de Ética del hospital trasplantador. En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

Pues bien, con la disminución drástica (y afortunada) del número de fallecidos en accidente de tráfico se está observando en los últimos años un incremento considerable de las donaciones de riñón y parcial de hígado de donantes vivos, lo que plantea en numerosas ocasiones dilemas éticos de difícil solu-

---

te los conocimientos y la formación en bioética. En todo caso, al menos una persona deberá tener formación experta acreditada en esta disciplina. En la composición del Comité se garantizará la representación equilibrada de hombres y mujeres, así como una presencia suficiente de los diferentes profesionales y centros sanitarios que pudieran estar adscritos al mismo, de acuerdo a los contenidos específicos que sean objeto de deliberación y dictamen.

5. Las direcciones gerencias de los centros adscritos establecerán un procedimiento abierto, público, equitativo, objetivo y transparente para la selección y renovación de las personas que van a ser miembros. Finalizado el proceso de selección, procederán a la designación de quienes vayan a formar parte del mismo.

6. Las personas designadas como miembros de un Comité elegirán, de entre ellas y por el voto favorable de al menos dos tercios, a las personas que desempeñarán las funciones de la Presidencia y Secretaría. El Comité propondrá el nombramiento a las direcciones gerencias de los centros adscritos, que procederán a su designación.

7. Los nombramientos de las personas que integren los Comités de Ética Asistencial de Centros Sanitarios, así como de los cargos que en su caso desempeñen, se harán por un plazo de cuatro años. El nombramiento podrá ser revocado por la dirección gerencia del centro a propuesta del Comité, bien por solicitud voluntaria de baja de la persona interesada, bien por haberse modificado las circunstancias que motivaron su designación de modo que supongan la pérdida de los requisitos para integrar el Comité de Ética Asistencial de que se trate, o bien en caso de incumplimiento notorio de sus funciones a juicio del pleno del Comité. En todo caso, la renovación de cualquiera de las personas que formen parte de un Comité exigirá el mantenimiento de los requisitos generales para la acreditación del mismo y requerirá la autorización expresa del órgano acreditador competente.

ción a los Centros Hospitalarios. He aquí, para finalizar, un ejemplo de la importancia que han adquirido y adquirirán estos comités de ética, como garantes de que dichas donaciones se efectúan con ausencia de presiones familiares, sociales, económicas o de cualquier otra índole.



# NOTAS DE JURISPRUDENCIA

## Tribunal Constitucional (\*)

### II. DERECHOS Y LIBERTADES

#### A. Derechos fundamentales y libertades públicas.

#### B. Derechos y deberes de los ciudadanos.

#### 1. Sentencia 20/2012, de 16 de febrero (BOE de 12 de marzo). Ponente: Gay Montalvo (Cuestión de constitucionalidad).

**Preceptos constitucionales:** 24, 31.

**otros:**

**Objeto:** Cuestión de constitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, en relación con el artículo 35, apartado 7, párrafo 2, de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

**Materias:** Principio de tutela judicial efectiva. Principio de capacidad económica. Tasas: función y legitimación; su alcance constitucional.

El artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, creó la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo; este precepto ha sido cuestionado por vulnerar el derecho de acceso a la justicia que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva enunciado por el art. 24.1 de la Constitución; se afirmará así en el Auto de planteamiento que existen medidas al alcance de la Hacienda pública para obtener el cobro de la tasa menos drásticas que la de impedir el curso del proceso. Considerará el TC que para enjuiciar adecuadamente el precepto legal cuestionado, es preciso tener en cuenta el contenido, finalidad y efectos del referido artículo 35 que es el que ha creado las tasas judiciales vigentes. El hecho imponible de la tasa consiste en el ejercicio de la potestad jurisdiccional,

---

(\*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

a instancia de parte, en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo, mediante la realización de alguno de los siguientes actos procesales: “a) La interposición de la demanda en toda clase de procesos declarativos y de ejecución en el orden jurisdiccional civil, así como la formulación de reconvencción. - b) La interposición de recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación en el orden civil. - c) La interposición de recurso contencioso-administrativo. - d) La interposición de recursos de apelación y casación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa” (art. 35.1); la tasa se devenga en el momento de interponer la demanda o el recurso y su sujeto pasivo son quienes promueven el ejercicio de la potestad jurisdiccional (apartados 4 y 2 del art. 35). La cuantía de la tasa se fija, tal y como disponen los apartados 5 y 6 del artículo 35 (modificado por la disposición final segunda de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal), por la adición de dos factores: a) una cantidad variable, cifrada en función de la cuantía del procedimiento judicial, con un tipo de gravamen de 0,5 por 100 hasta el primer millón, y de 0,25 por 100 sobre el resto; b) una cantidad fija en función del tipo de proceso, que en el orden civil se gradúa desde los 50 euros (que corresponde al juicio monitorio en cuantía que exceda de 3.000 euros), 90 euros (juicios verbal y cambiario), 150 euros (juicio ordinario, ejecución extrajudicial y procedimiento concursal) y 300 euros (recurso de apelación) hasta los 600 euros (recursos de casación y de infracción procesal); será el apartado 7, cuyo segundo párrafo es sometido al control de constitucionalidad, el que dispone en el primero que los sujetos pasivos deben autoliquidar la tasa en el modelo oficial establecido por el Ministerio de Hacienda e ingresarla en el Tesoro público con arreglo a la legislación tributaria. La gestión de la tasa corresponde a dicho Ministerio (apartado 8). La primera de las consideraciones del TC es apreciar que sólo son gravados por la tasa dos de los cinco órdenes jurisdiccionales en que se articula hoy el poder judicial en España: el civil y el contencioso-administrativo; los órdenes penal, social y militar siguen ejerciendo la potestad jurisdiccional gratuitamente, sin que el precepto legal cuestionado guarde ninguna relación con ellos; a este dato atribuirá relevancia el TC teniendo en cuenta las especiales características que protegen el acceso a la justicia en materia penal (SSTC 148/1987, FJ 2; 31/1996, FJ 10; y 94/2010, FJ 3), militar (STC 115/2001, FJ 5) y social (SSTC 3/1983, FJ 3; 118/1987, FJ 3; y 48/1995, FJ 3); tampoco procede el TC a analizar las tasas que gravan el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo acceso también ofrece peculiaridades desde el punto

de vista constitucional, consecuencia del mandato contenido en el art. 106.1 CE que ordena y garantiza el control jurisdiccional de la Administración por parte de los Tribunales (SSTC 294/1994, FJ 3 y 177/2011, FJ 3; en el mismo sentido, STEDH Gran Sala Perdigão c. Portugal, de 16 de noviembre de 2010, as. 24768/06, § 72); la razón estriba, igualmente, en que dichas tasas no tienen aplicación en el proceso judicial del que dimana la cuestión de inconstitucionalidad, que es un litigio civil. Recordará el TC que desde la Sentencia 17/1981, FJ 1, viene manteniendo que la cuestión de inconstitucionalidad no es un instrumento procesal que quepa utilizar *para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento*; a tenor de los arts. 163 CE y 35.1 LOTC, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por los Tribunales exige que la norma cuestionada sea “aplicable al caso” que se dilucida en el proceso donde la cuestión se suscita y, además, que de su validez dependa el fallo que el Juez o Tribunal haya de dictar; ese juicio de relevancia no sólo condiciona el planteamiento de la cuestión, sino que delimita su alcance en la medida en que el constituyente ha configurado la cuestión de inconstitucionalidad en estrecha relación con el proceso judicial en el que la aplicación de la norma cuestionada resulta necesaria, sin perjuicio de la existencia de un notorio interés público y general en la depuración del Ordenamiento jurídico y en la conformidad con la Constitución de las normas que lo integran (por todas, STC 6/2010, FJ 2), **concluirá por ello el TC que sólo procede controlar la validez del párrafo segundo del art. 35.7 en relación con las tasas del orden jurisdiccional civil**. Subrayará ahora el TC que es un segundo rasgo de las tasas judiciales que gravan tanto la presentación de demandas como la interposición de recursos [letras a) y b) del art. 35.1 de la Ley 53/2002], y en coherencia con la delimitación previa realizada, estima que sólo el primer aspecto es relevante en este proceso constitucional, puesto que la decisión que debe adoptar el Juzgado que ha suscitado la presente cuestión versa sobre una demanda, no sobre ninguno de los otros tipos de actuaciones sujetos al gravamen por la disposición de rango legal. Recordará el TC que desde la Sentencia 37/1995, FJ 5, ha subrayado el diferente relieve constitucional que posee el derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos legalmente establecidos; si bien ambos derechos se encuentran ínsitos en el art. 24.1 CE, el derecho a acceder a la justicia es un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el precepto constitucional y que no viene otorgado por la ley, sino que nace de la Constitución misma; por el contrario, el derecho a acceder a los recursos le-

gales se incorpora al derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo al derecho del condenado a la revisión de su condena y la pena impuesta (SSTC 42/1982; 33/1989; y 48/2008); el derecho al recurso legal no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales que los crean, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal (en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 46/2004, FJ 4; 15/2006, FJ 3; 181/2007, FJ 2; y 35/2011, FJ 3); sobre esa distinción considera el TC que **el principio hermenéutico pro actione protege el derecho de acceso a la justicia**, dada la diferente trascendencia que cabe otorgar, desde la perspectiva constitucional, a los requisitos legales de acceso al proceso, en tanto pueden obstaculizar o eliminar el derecho de los ciudadanos a someter el caso al conocimiento y pronunciamiento de un Juez y por tanto causar indefensión; por el contrario, **el control constitucional de los requisitos de admisión de los recursos** legalmente establecidos es más laxo, puesto que lo que se pide en ese momento no es más que la revisión de la respuesta judicial contenida en la Sentencia de instancia previamente dictada la cual, si resuelve el fondo del asunto, ya habría satisfecho el núcleo del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión de todas las partes procesales, y el acceso al recurso debe ser contrapesado con el derecho de las otras partes a un proceso sin dilaciones indebidas y a la ejecución de lo resuelto (SSTC 55/1995, FJ 2; 309/2005, FJ 2; 51/2007, FJ 4; y 27/2009, FJ 3); en coherencia con lo ya expuesto, en la delimitación de este proceso constitucional, considerará el TC que en este proceso debe limitarse a examinar la constitucionalidad del párrafo segundo del art. 35.7 en relación con las tasas del orden jurisdiccional civil que gravan la presentación de la demanda; considera el TC que existe otro aspecto del art. 35 que debe ser subrayado: el Juzgado que ha planteado la cuestión sostiene que la falta de pago de la tasa conduce a la inadmisión de la demanda; razonando que si una demanda ha sido presentada sin acompañarla del documento normalizado que acredite la liquidación y pago de la tasa, el Secretario judicial no procedería a darle curso, otorgando un plazo de diez días para subsanar el defecto advertido, mediante diligencia de ordenación, plazo improrrogable, sin posibilidad de otorgar relevancia alguna a un cumplimiento tardío, a tenor de los arts. arts. 134 y 231 LEC; es decir, una vez transcurridos los diez días sin que el demandante hubiese aportado el documento que acredite el abono de la tasa, previa dación de cuenta del

Secretario, el Juez debería proceder a dictar un Auto de inadmisión de la demanda (art. 206.2.2 LEC y art. 285 de la LOPJ), de esta interpretación, contenida en el Auto de planteamiento de la cuestión, discrepan el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado; sostendrán ambos que cabe una interpretación distinta del precepto legal, que no conduce a la inadmisión de la demanda en caso de impago de la tasa, sino a la paralización del proceso mientras no sea abonada; así se sostendrá que, si no se admitiera la constitucionalidad del precepto tal y como lo interpreta el órgano judicial, cabría sostener que la LEC solamente supedita la admisión de las demandas a la presentación de *aquellos otros documentos que ésta u otra ley exija expresamente para la admisión de la demanda* (art. 266.5 LEC, en relación con su art. 269.2). Como el precepto cuestionado no dispone literalmente que la presentación del documento tributario sea necesaria para la “admisión” de la demanda, la falta de justificación del pago de la tasa sólo podría acarrear la paralización del procedimiento judicial, que quedaría pendiente de que se acredite en cualquier momento posterior el abono de la tasa; así como el deber del Secretario de justicia de comunicar a la Administración tributaria la circunstancia de que la tasa correspondiente no ha sido abonada, como exigen las normas de desarrollo del precepto legal cuestionado. El proceso judicial se mantendría suspendido hasta el abono de la tasa o, en su caso, hasta que caducase la instancia (art. 237 y ss. LEC); también se razonará, en el mismo sentido, que el precepto cuestionado no prevé la inadmisión de la demanda cuando la tasa judicial no ha sido declarada y abonada, sino que no se le dará curso; y que debe ofrecerse a quien la haya presentado la posibilidad de cumplir el requisito de liquidar y pagar la tasa y acreditar que lo ha efectuado; si bien, la presentación del escrito de demanda sin haber cumplido el deber tributario no generaría ninguno de los efectos que son consustanciales a dicho acto de presentación, singularmente la producción de la litispendencia o la perpetuatio jurisdictionis (arts. 410 y 411 LEC) o la interrupción de la prescripción para ejercer la acción (art. 1973 del Código civil); una vez transcurrido el plazo de prescripción o caducidad de la acción, sería necesario acordar la inadmisión de su demanda o su archivo; considera el TC que ese debate interpretativo de los efectos de la falta de abono de la tasa sobre la pretensión procesal del sujeto resulta innecesario para resolver esta cuestión; apelará el TC a la consideración de la doctrina constitucional que sostiene que la cuestión de inconstitucionalidad versa sobre el texto de la ley, no sobre las distintas interpretaciones que de dicho texto pueden ser realizadas; sin que el TC deba rectificar el en-

tendimiento que muestra el órgano judicial promotor sobre su sujeción al enunciado legal de cuya constitucionalidad duda (SSTC 157/1990, FJ 2 y 222/1992, FJ 2); el órgano cuestionante al plantear la cuestión de inconstitucionalidad no traslada un problema interpretativo abstracto, sino muy ceñido al caso que ha de juzgar; no eleva tampoco una mera perplejidad interpretativa por no saber cómo puede interpretarse el precepto rector de su decisión, sino que solicita del TC un pronunciamiento sobre la adecuación o no a la Constitución del precepto con rango de ley en una de sus posibles interpretaciones, que es la que razonadamente mantiene en el proceso *a quo* (SSTC 92/1992, FJ 4 y 273/2005, FJ 2); recordará el TC cómo su labor de depuración del ordenamiento debe partir de la interpretación de la disposición legal que aporta el órgano judicial cuestionante, pues a él compete interpretar la ley (art. 117.3 CE) amén de que dicha interpretación es la que presenta un mayor rigor con el derecho fundamental en cuestión; sólo si la norma, así interpretada, resultara inconstitucional habríamos de *explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución* (SSTC 76/1996, FJ 5; 233/1999, FJ 18; 202/2003, FJ 6; 235/2007, FJ 7; y 59/2008, FJ 4); o lo que es lo mismo, considera el TC que debe enjuiciar si es constitucional la previsión legal de que las demandas civiles que no vayan acompañadas del documento que acredite el pago de la tasa judicial prevista no serán cursadas por el Secretario judicial y, por ende, serán inadmitidas por el Juzgado transcurrido el plazo de los diez días de subsanación previsto por el mismo apartado 7, párrafo 2, de este art. 35. Considerará el TC que las consideraciones antecedentes delimita con precisión el canon de su juicio: la inadmisión de una demanda civil [art. 35.1 a) de la Ley], a la que aboca el precepto legal cuando no se acompaña el documento que acredita que la correspondiente tasa judicial ha sido autoliquidada y pagada a la Administración tributaria, afecta de lleno al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia; advertirá el TC que es doctrina reiterada de su Jurisprudencia que el primer contenido del derecho a obtener la tutela de Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, FJ 2 y 34/1994, FJ 2, entre otras); asimismo, recordará el TC que ya ha mantenido que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho prestacional y de configu-

ración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (SSTC 99/1985, FJ 4 y 182/2004, FJ 2); en consecuencia el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar la actividad judicial y el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (STC 206/1987, FJ 5); en su determinación y delimitación, la ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras, SSTC 158/1987, FJ 4; 32/1991, FJ 4; y 133/2004, FJ 4, recaída precisamente al controlar la constitucionalidad de una norma que limitaba el acceso a la justicia en aras al cumplimiento de deberes tributarios); el derecho reconocido en el art. 24.1 CE puede verse conculcado por aquellas disposiciones legales que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC 60/1989, FJ 4; 114/1992, FJ 3; 273/2005, FJ 5). Constatará el TC que no se han suscitado dudas en este proceso acerca de la legitimidad de los fines que persigue la tasa, en cuanto se dirige a financiar el servicio público de la Administración de Justicia con cargo a los justiciables que más se benefician de la actividad jurisdiccional, disminuyendo correlativamente la financiación procedente de los impuestos, a cargo de todos los ciudadanos; afirmará el TC que la justicia puede ser declarada gratuita, como hizo la Ley 25/1986, pero resulta obvio que no es gratis; si los justiciables no abonan el coste del funcionamiento de la justicia, el Poder judicial debe ser financiado mediante impuestos, sufragados por los contribuyentes; aunque resulta evidente que la justicia, en tanto que garantía del Estado de Derecho, implica beneficios colectivos que trascienden el interés del justiciable considerado individualmente, lo cierto es que la financiación pura mediante impuestos conlleva siempre que los ciudadanos que nunca acuden ante los Tribunales estarían coadyuvando a financiar las actuaciones realizadas por los Juzgados y las Salas de justicia en beneficio de quienes demandan justicia una, varias o muchas veces; optar por un modelo de financiación de la justicia civil mediante impuestos o por

otro en el que sean los justiciables quienes deben subvenir a los gastos generados por su demanda de justicia mediante tasas o aranceles, o bien por cualquiera de los posibles modelos mixtos en donde el funcionamiento de los Tribunales del orden civil es financiado parcialmente con cargo a los impuestos y con cargo a tasas abonadas por quienes resultan beneficiados por la actuación judicial, en distintas proporciones, es una decisión que corresponde al legislador; recordará el TC que tiene establecido que éste goza de un amplio margen de libertad en la configuración de los impuestos y los demás tributos que sirven para sostener los gastos públicos (SSTC 27/1981, FJ 4; 221/1992, FJ 5; 96/2002I, FJ 6 y 7/2010, FJ 6); en el ejercicio de esa libertad el legislador debe tomar en consideración las circunstancias y los datos relevantes, atendida la naturaleza y finalidad de los distintos impuestos, tasas y otras figuras tributarias que puede establecer, dentro de los márgenes constitucionales [STC 185/1995, FJ 6 a)]; traerá el TC en apoyo de esta posición la Sentencia 214/1994: “*es obvio que el legislador puede estar guiado por razones de política financiera o de técnica tributaria, que le lleven a elegir la [regulación] más conveniente o adecuada*” sin que corresponda al TC enjuiciar si las soluciones adoptadas en la ley tributaria sometida a control de constitucionalidad son las más correctas técnicamente, aunque indudablemente se halla facultado para determinar si en el régimen legal del tributo el legislador ha sobrepasado o no los límites constitucionales [FJ 5 b)]; esa libertad de configuración es, asimismo, predicable de los gastos públicos: *corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias* (STC16/1994, FJ 3, específicamente en relación con la gratuidad de la justicia), ya allí se subrayó que el régimen de justicia gratuita establecido por la Ley 34/1984, se sustenta no en el hecho de que la Constitución haya proclamado la gratuidad de la administración de justicia, sino *un derecho a la gratuidad de la justicia... en los casos y en la forma que el legislador determine*, tal y como dispone el art. 119 CE; *el reconocimiento de esta amplia libertad de configuración legal resulta manifiesta en el primer inciso del art. 119 al afirmar que ‘la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley’. El legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado –penal, laboral, civil, etc.– o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento. Afirmará el TC que la Constitución ha explicitado un contenido constitucional del derecho a la gratuidad de la justicia que resulta indisponible y que acota la facultad de libre disposición del legislador (art. 119 CE) y en todo*

caso la gratuidad se reconocerá a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar; concepto jurídico indeterminado que ha sido precisado por varias SSTC entre las que se encuentran la STC 16/1994 junto a las SSTC 12/1998; 117/1998 y 95/2003. Sostendrá el TC que el Auto que ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad no alberga duda alguna sobre la capacidad económica de la entidad litigante, para abonar la tasa judicial prevista por el art. 35 de la Ley 53/2002; es criterio del TC que ello obedece a la configuración legal de la tasa que ha sido creada por dicha Ley, totalmente diversa de las antiguas tasas judiciales que se encontraban en vigor cuando fue aprobada la Constitución; la tasa judicial vigente desde el 1 de abril de 2003 tiene un ámbito limitado, que viene claramente definido por las numerosas exenciones objetivas y subjetivas que enumera el apartado 3 de dicho art. 35; en el orden civil, único relevante en este proceso constitucional, están exentas de tasa las demandas que inician procesos en materia de estado civil de las personas, de familia y de sucesiones; es decir, quedan gravados por la tasa los procesos en los que se litigan obligaciones y contratos, derechos reales y daños y perjuicios, litigios todos ellos donde se controvierten derechos de contenido económico; tampoco quedan sujetas al pago de la tasa judicial las personas físicas: ninguna persona física que litigue debe abonar tasas judiciales, sean cuales sean sus circunstancias económicas y el objeto del litigio que promuevan; de entre las personas jurídicas, se encuentran exentas las entidades sin fines lucrativos, las que no están sujetas al impuesto de sociedades y los sujetos pasivos que, según la legislación de dicho impuesto, son considerados de reducida dimensión; será argumento de quienes defienden la constitucionalidad de la tasa que estas exenciones legales conducen a que solamente queden sujetas al pago de las tasas judiciales las personas jurídicas con ánimo de lucro cuya cifra de negocios hubiere alcanzado, en el período impositivo anterior, un importe neto superior a seis millones de euros o que quienes vienen obligadas al pago de las tasas judiciales son las grandes empresas que acuden a la justicia a reclamar sus derechos económicos, como son las compañías de seguros de grandes dimensiones; por ello le resultará al TC indudable que el régimen vigente de las tasas judiciales que gravan la presentación de demandas civiles, a cuya eficacia sirve el mecanismo previsto en el precepto sometido a control en este proceso, es plenamente respetuoso con las previsiones constitucionales sobre la gratuidad de la justicia; recordará ahora el TC su doctrina fijada en la STC 117/1998, el contenido indisponible del derecho a la justicia gratuita sólo es reconducible a la persona física, única de la que puede predicarse el *nivel mínimo*

*de subsistencia personal o familiar* al que se refiere el art. 119 CE, y que no es una creación del legislador a diferencia de las personas jurídicas (FFJJ 4 y 5); de ahí que se concluyera entonces que era constitucional que la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, excluyera de sus beneficios a las sociedades mercantiles; aunque el derecho a la tutela judicial efectiva protege tanto a las personas físicas como a las jurídicas (SSTC 53/1985, FJ 1, y 137/1985, FJ 3), no debe ser olvidado que la situación de unas y otras es distinta respecto a la gratuidad de la justicia; la Sentencia 117/1998 afirmó que esa diferencia es especialmente predicable de las sociedades mercantiles de capital, que son un tipo de entidades en que el *substratum* que justifica su personificación jurídica se halla en la existencia de un pacto asociativo dirigido a racionalizar los riesgos de la actividad empresarial, limitando al valor de la aportación social la responsabilidad patrimonial de sus socios, y que deben ser ellos quienes sopesen si les interesa aportar fondos a la sociedad para alcanzar el acceso a la justicia a través de la persona jurídica (STC 117/1998, FJ 7). Estos criterios han sido confirmados plenamente por el TEDH; en su Auto O'Limo contra España, de 24 de noviembre de 2009 (asunto núm. 33732/05) concluyó que el sistema establecido por el legislador español para facilitar asistencia jurídica gratuita ofrece *unas garantías sustanciales* para el derecho de acceso a los Tribunales, aunque queden excluidos de él las sociedades mercantiles o las asociaciones que, como la recurrente en aquel caso, no son de utilidad pública (§ 25); para apreciar que excluir a las personas jurídicas de la gratuidad de la justicia no contradice, por sí mismo, el derecho de acceso a la tutela judicial que protege el art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos, el TEDH subrayó que los fondos de los que disponen las asociaciones y las sociedades privadas para la defensa jurídica de sus derechos proceden de los recursos que sus miembros o socios acuerdan y aportan libremente, en función de sus intereses: no debe exigirse al Estado que gaste recursos económicos públicos en beneficio de entidades cuyos socios han decidido libremente no aportar los recursos económicos precisos para desarrollar sus actividades normales, especialmente cuando se trata de actividades procesales en relación con litigios sobre derechos de propiedad que no afectan más que a los particulares interesados en los hechos (§ 26); considera el TC que debe poner de manifiesto que en principio no vulnera la Constitución que una norma de rango legal someta a entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación, al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que libremente deciden presentar

ante los Tribunales del orden civil para defender sus derechos e intereses legítimos; sólo podría verse modificada esta conclusión general, si se demostrase que la cuantía de las tasas establecidas por la Ley 53/2002 son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables, atendiendo a los criterios de la jurisprudencia expuestos en el fundamento jurídico 7, así se ha pronunciado el TEDH que a partir de la Sentencia Kreuz contra Polonia, de 19 de junio de 2001 (asunto núm. 28249/95), mantiene que el requisito de abonar tasas judiciales en procesos civiles no infringe por sí solo el derecho de acceso a un tribunal protegido por el art. 6.1 del Convenio de Roma; la cuantía de las tasas no debe ser excesiva, a la luz de las circunstancias propias de cada caso, de tal modo que impida satisfacer el contenido esencial del derecho de acceso efectivo a la justicia (§§ 60 y 66; en el mismo sentido, SSTEDH de 26 de julio de 2005, Kniat c. Polonia, as. 71731/01; 28 de noviembre de 2006, Apostol c. Georgia, as. 40765/02; y 9 de diciembre de 2010, Urbanek c. Austria, as. 35123/05); estos criterios son compartidos por la UE en virtud del derecho a una tutela judicial efectiva que ha consagrado el art. 47 de la Carta de los derechos fundamentales, tal y como ha expuesto la STJUE Justicia de 22 de diciembre de 2010 en el asunto DEB Deutsche Energiehandels - und Beratungsgesellschaft mbH (núm. C-279/09); con la particularidad de que esta resolución no cuestiona en modo alguno la financiación de la actividad judicial a costa de las empresas que instan litigios civiles; lo que impone el principio de tutela judicial efectiva es que una persona jurídica, que invoca en el proceso derechos otorgados por el Derecho comunitario, pueda obtener la dispensa del pago anticipado de las costas procesales si dicho abono, anterior a la Sentencia, constituyera un obstáculo insuperable para su acceso a la justicia; regla coherente y en sintonía con las exigencias que dimanarían del derecho enunciado en el art. 24.1 CE (STC 84/1992, FJ 4). El Auto de planteamiento de la cuestión insiste en la falta de proporción que existiría entre la finalidad que persigue la norma, el pago de la tasa judicial, y la limitación que establece para conseguirla: la previsión legal de que no se dará curso al escrito de demanda, lo que conlleva la inadmisión de dicha demanda y la denegación del acceso a la justicia; para evidenciar la desproporción, el órgano judicial observa que existe un medio menos restrictivo para obtener el fin recaudatorio, que consistiría en que la Administración tributaria, una vez que los Tribunales le hubiesen comunicado la falta de declaración del hecho imponible y del pago del tributo cuando fuese preceptivo, procediese de oficio a liquidar las tasas judiciales

devengadas y a iniciar los procedimientos ejecutivos necesarios para obtener su cobro; considerará el TC que lo que ha hecho el legislador no es establecer un impuesto (*sic*, tributo) que grave a quienes demandan justicia ante los Tribunales del orden civil, impuesto que efectivamente podría ser gestionado por la Administración tributaria mientras aquéllos seguían sustanciando los procesos judiciales; el legislador ha establecido una tasa, que es un tributo que, a diferencia de los impuestos, debe ser satisfecho, total o parcialmente, como requisito imprescindible para iniciar la prestación del servicio o la realización de la actividad que benefician de modo particular al sujeto pasivo, tal y como establece con carácter general la legislación tributaria, reformada para adaptarse a la doctrina constitucional declarada en la STC 185/1995. Aunque tanto los impuestos como las tasas son creados en ejercicio de la potestad tributaria, *el hecho imponible de la tasa se vincula a una actividad o servicio de la Administración pública, mientras que el hecho imponible del impuesto se relaciona con negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del sujeto pasivo. Ello a su vez conlleva que en las tasas la determinación del sujeto pasivo se realice por referencia a la actividad administrativa y el importe de la cuota se fije esencialmente atendiendo al coste de la actividad o servicio prestado por la Administración, con los que tiene una relación más o menos intensa de contraprestación* (STC 296/1994, FJ 4); ello es así sustancialmente en este caso, aunque en él y además del servicio a los ciudadanos, deba reconocerse que el acceso a la jurisdicción no es equivalente a la prestación de un servicio público por la Administración, ya que se trata de la puesta en marcha de un proceso ante un Poder del Estado en ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; obtenida la conclusión de que es constitucional subordinar la prestación de la actividad jurisdiccional, en el orden civil, al abono de unas tasas judiciales por la interposición de la demanda, como establece el art. 35 de la Ley 53/2002, carece de lógica reprochar que el legislador haya decidido que la contribución de los justiciables a la financiación de la justicia se produzca mediante tasas, cuyo previo pago es requerido como regla general para obtener el beneficio ínsito en la prestación pública, y sostener que debería ser liquidado y ejecutado de un modo más adecuado a la estructura típica de los impuestos, que es lo que en definitiva afirma el Auto de planteamiento de la cuestión. Lo que el legislador ha decidido, en términos constitucionalmente irreprochables, es que las sociedades de grandes dimensiones, según la legislación tributaria, sólo puedan obtener la prestación de la actividad jurisdiccional cuando presenten demandas civiles si liquidan y abonan una tasa que permita sufragar parcialmente el coste que implica para

la justicia atender y resolver su demanda; la previsión legal de que, si la tasa judicial no es liquidada y abonada, la potestad jurisdiccional civil no debe ser ejercida en beneficio del sujeto pasivo, es una consecuencia ineludible de la regulación legal, que no suscita reparo de constitucionalidad; considerará el TC lícito que el legislador adopte medidas para lograr un alto grado espontáneo de la obligación de pagar un tributo legítimo, aun cuando esas medidas incidan en el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción; así se dijo en la STC 133/2004 (FJ 4), al enjuiciar una previsión legal distinta a la cuestionada en este proceso, que disponía que el defecto de timbre de las letras de cambio les privaba de su fuerza ejecutiva; al tiempo, recordará el TC que en la STC 233/1999 (FJ 14), ya se rechazó un argumento similar, dirigido entonces contra la previsión de que las entidades locales exigiesen anticipadamente el pago de determinados tributos (art. 33.2 LHHL): pues esa norma no carece de una justificación razonable y no es contraria al principio de capacidad económica. Considera el TC que estas reflexiones permiten entender que la doctrina de su Sentencia 141/1988, fundamento principal de la duda de constitucionalidad suscitada por el Juzgado cuestionante, no solamente no conduce a sostener que el art. 35.7.2 de la Ley 53/2002 contradice la Constitución, sino cabalmente a lo contrario; en efecto, en la citada STC se declaró inconstitucional y nulo el inciso del art. 57.1 del antiguo TRITPAJD, que privaba de efecto en los Tribunales, prohibiendo incluso su admisión ante ellos, a los documentos sujetos al impuesto si no se justificaba su pago; las razones que llevaron a entender que esa previsión legal vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva fueron varias: el Auto de planteamiento de la cuestión se hace eco de las contenidas en el último párrafo del fundamento jurídico 7 de la Sentencia, que se limitaban a completar el razonamiento desarrollado en los párrafos anteriores, dando respuesta a una alegación adicional del Abogado del Estado; sin embargo, la *ratio decidendi* de la STC 141/1988 consistió en que las limitaciones al acceso a la justicia impuestas por la norma legal *no guardan relación alguna con el objeto y la finalidad del proceso*, pues *se trata de un tributo cuyo hecho imponible es ajeno a la función jurisdiccional* (FJ 7, párrafo 4); precisamente por ello, la Sentencia negó que la norma enjuiciada entonces pudiera compararse con las que regulan otros supuestos en los que el ordenamiento condiciona el ejercicio de derechos o de acciones judiciales al previo desembolso de dinero, señalando respecto a estas últimas que *constituyen cargas que persiguen algún fin vinculado al mismo proceso o tendente a evitar disfunciones que éste puede originar* y llegando, incluso, a mencionar expresamente el deber de pagar aranceles o ta-

sas judiciales *por la prestación de la Administración de Justicia como servicio público*, que es una limitación que *está en función de la propia realidad o finalidad del proceso* (STC 141/1988, FJ 7.2). Para el TC es evidente que las tasas judiciales establecidas por la Ley 53/2002 como condición para que los Tribunales del orden jurisdiccional civil den curso a las demandas presentadas por los justiciables, en los términos que han sido examinados por esta Sentencia, son tributos cuyo hecho imponible no es ajeno a la función jurisdiccional y que imponen una carga económica que persigue un fin vinculado al proceso mismo; en consecuencia, la doctrina de la Sentencia 141/1988 nos lleva a concluir que es constitucionalmente válida la limitación impuesta por la norma legal enjuiciada, que consiste en condicionar la sustanciación del proceso instado en la demanda civil que presentan las personas jurídicas con ánimo de lucro, sujetas al impuesto de sociedades y con una facturación anual elevada, a que acrediten que han satisfecho el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público que conlleva el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que les beneficia de modo particular en la medida en que juzga las pretensiones deducidas en defensa de sus derechos e interés legítimos en el orden civil. Se desestima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 647-2004 relativa al artículo 35, apartado 7, párrafo segundo, de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

**2. Sentencia 13/2012, de 30 de enero (BOE de 24 de febrero). Ponente: Sala Sánchez (Recurso de amparo).**

**Preceptos constitucionales:** 14, 24  
**otros:**

**Objeto:** Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, de 24 de octubre de 2003, sobre providencia de apremio de liquidación tributaria.

**Materias:** Principio de igualdad. Principio de tutela judicial efectiva.

**FALLO:** Se deniega el amparo solicitado

**3. Sentencia 19/2012, de 15 de febrero (BOE de 12 de marzo). Ponente: Pérez Vera (Recurso de inconstitucionalidad).**

**Preceptos constitucionales:** 9.2 y 3, 10, 31.1, 39.1 y 2 y 149.3,  
**otros:**

**Objeto:** Arts. 2.2, 15.1, 15.3.4, 17.2 c) y d), 24.2 b) y c), 39, 40, 43.2 f), 44.1.1 a), 48, 51, 53, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 81.1, 2 y 3, y disposiciones transitorias cuarta, quinta apartado 2, sexta y séptima, de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y otras normas tributarias.

**Materias:** Principios de igualdad y seguridad jurídicas; principio de justo reparto de la carga tributaria de acuerdo con la capacidad económica; principio de protección social económica y jurídica de la familia; competencia autonómica en relación con materias no atribuidas expresamente al Estado.

**FALLO:** Se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad y, en su consecuencia: Se declara que la expresión conviva con el contribuyente y de la letra b) del número 1 del art. 40.3 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y otras normas tributarias, es inconstitucional. Se desestima el recurso en todo lo demás.

**4. Sentencia 27/2012, de 1 de marzo de 2012 (BOE de 28 de marzo). Ponente: Rodríguez Arribas (Cuestión de inconstitucionalidad).**

**Preceptos constitucionales:** 14, 23.2  
**otros:**

**Objeto:** Cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros, por posible contradicción con los arts. 14 y 23.2 CE.

**Materias:** Principio de igualdad; derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

**FALLO:** Se **inadmite** parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado segundo de la disposición transitoria cuarta de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1997, de 23 de diciembre, que aprueba medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros, así como respecto de las previsiones relativas a la fase de oposición del baremo del anexo. Se estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, se declara inconstitucional y nulo el apartado primero de la disposición transitoria cuarta y el anexo, en la parte relativa a la valoración de los méritos en la fase de concurso, de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1997, de 23 de diciembre, que aprueba medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros, con los efectos señalados en el FJ 10 de esta Sentencia.

#### IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO

##### E. El poder judicial

**1. Sentencia 37/2012, de 19 de marzo (BOE de 12 de abril). Ponente: Aragón Reyes (Cuestión de inconstitucionalidad).**

**Preceptos constitucionales:** 9.3, 14, 24.1, 25.3, 117.1, 123.1, 139.1, 163. otros:

**Objeto:** Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Elche, en relación con el art. 81 del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, y el art. 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (tal como han sido interpretados con carácter vinculante por las Sentencias en interés de ley de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 y 22 de septiembre de 2008) y, alternativamente, en relación con el art. 100.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por posible infracción de los arts. 9.3, 117.1 y 123.1 de la Constitución.

**Materias:** Seguridad jurídica. Principio de igualdad. Principio de supremacía del TC en materia de garantías constitucionales. Principio de independen-

cia judicial. Principio de tutela judicial efectiva. Proscripción de sanciones que impliquen privación de libertad impuesta por la Administración. Principios inspiradores del poder judicial. Papel del TS. Identidad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Cuestión de constitucionalidad: alcance.

**FALLO:** Se desestima la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Existen Votos particulares de Gay Montalvo; de Pérez Trempe; de Asua Batarrita y de Ortega Álvarez.

## V. FUENTES

**1. Sentencia 1/2012, de 13 de enero (BOE de 11 de febrero). Ponente: Asua Batarrita (Recurso de inconstitucionalidad).**

**Preceptos constitucionales:** 86, 149.1.23

**otros:**

**Objeto:** Artículo único, cardinales uno, dos y tres, del Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental.

**Materias:** Decreto-ley: circunstancias concurrentes para su aprobación.

**FALLO** Se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 71-2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, contra el artículo único, cardinales uno (en cuanto que modifica los artículos 5 y 7 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 26 de junio, de evaluación de impacto ambiental), dos y tres, del Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre, y en consecuencia: Se declara la inconstitucionalidad del artículo único, cardinal dos, del Real Decreto-ley 9/2000; se desestima el recurso en todo lo demás.

Se formula VP por el Magistrado don Francisco José Hernando Santiago

## VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

### A. Comunidades Autónomas.

## **B.2. Competencias.**

### **1. Sentencia 3/2012, de 13 de enero (BOE de 11 de febrero). Ponente: Ortega Álvarez (Cuestión de inconstitucionalidad).**

**Preceptos constitucionales:** arts. 149.1.18 y 149.1.30  
**otros:**

**Objeto:** Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4346-2003, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Sevilla en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2001, de 11 de diciembre, de coordinación de las policías locales.

**Materias:** Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Regulación de las condiciones de títulos académicos; Competencias exclusivas del Estado.

**FALLO:** Se estima la presente cuestión de inconstitucionalidad y se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición transitoria cuarta de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2001, de 11 de diciembre, de coordinación de las policías locales.

### **2. Sentencia 5/2012, de 17 de enero (BOE de 11 de febrero). Ponente: Delgado Barrio (Conflicto positivo de competencia de competencia).**

**Preceptos constitucionales:** 149.1.21; 149.1.27  
**otros:**

**Objeto:** Conflicto positivo de competencia núm. 1121-1999 interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra resoluciones del Ministerio de Fomento de 10 de noviembre de 1998 recaídas en expedientes CI/S 02727/1997, CI/S 02726/1997, CI/S 01519/1997, CI/S 02388/1997 y CI/S 02846/1997, mediante las que se imponen sanciones y medidas cautelares a diversas entidades por la utilización de frecuencias radioeléctricas sin autorización administrativa.

**Materias:** Régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; normas básicas del régimen de todos los medios de comunicación social: competencias exclusivas del Estado.

**FALLO:** Se estima el conflicto positivo de competencia núm. 1121-1999 y, en consecuencia, se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de las resoluciones del Ministerio de Fomento de 10 de noviembre de 1998, recaídas en los expedientes CI/S 02727/1997, CI/S 02726/1997, CI/S 01519/1997, CI/S 02388/1997 y CI/S 02846/1997 salvo, en este último caso, en lo atinente a la sanción y medida cautelar impuesta por la realización de la conducta consistente en la producción de interferencias perjudiciales a otros servicios de telecomunicación legalmente establecidos. Se declara que corresponde a la Generalitat de Cataluña la titularidad de las facultades de inspección y sanción en relación con las personas físicas o jurídicas que realicen emisiones de televisión local sin ostentar el correspondiente título habilitante en los casos en los que éste ha de ser otorgado por la Generalitat.

**3. Sentencia 22/2012, de 16 de febrero (BOE de 12 de marzo). Ponente: Hernando Santiago (Conflicto de competencia).**

**Preceptos constitucionales:** 38, 149.1, 149.1.16.  
**otros:**

**Objeto:** Conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, representado por el Letrado don Eugenio López Álvarez, contra el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

**Materias:** Principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Competencias exclusivas del Estado: Sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad.

**FALLO:** Se desestima el presente conflicto positivo de competencia promovido por la Comunidad de Madrid.

**4. Sentencia 26/2012, de 1 de marzo (BOE de 28 de marzo). Ponente: Pérez Tremps (Recurso de inconstitucionalidad).**

**Preceptos constitucionales:** 38, 131, 149.1.6, 8, 11, 13, 16, 18.  
**otros:**

**Objeto:** Determinados preceptos de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears.

**Materias:** Principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Planificación de la actividad económica general: competencia del Estado. Competencias exclusivas del Estado: regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles; la legislación mercantil y civil; el sistema monetario y las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros; la sanidad exterior y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios.

**FALLO:** Se estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad y se declara inconstitucionales y nulos los arts. 4.2; 18.2; 27 a); 28 y 35.2 de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears. Se declara, asimismo que la redacción inicial de los arts. 14.1; 21.1 b), en cuanto incluía el inciso “*En todo caso, los grandes establecimientos comerciales sólo podrán abrir los domingos y festivos hasta las 16.00 horas*” y 22 en cuanto incluía el inciso “*Dicha exclusión no afectará a las 12 horas diarias máximas de apertura de los comercios citados en el punto 2 del artículo 18 de esta Ley*”, resultaban contrarios al orden constitucional de distribución de competencias. Se desestima el recurso en todo lo demás.

**5. Sentencia 36/2012, de 15 de marzo (BOE de 12 de abril). Ponente: Pérez Vera (Conflicto positivo de competencia).**

**Preceptos constitucionales:** 47, 53, 148.1.20, 149.1. 1 y 3, 149.1.13, 150.3 y 156.1

**otros:**

**Objeto:** Promovido por el Gobierno de La Rioja, representado por la Letrada de la Comunidad Autónoma de La Rioja, contra el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

**Materias:** Derecho al disfrute de una vivienda digna. Especial protección de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2º del Título I: principio de reserva de ley de su regulación con limitaciones en el respeto de su contenido esencial. Asistencia social, como objeto de las competencias que las CCAA pueden asumir. Competencias exclusivas del Estado: La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Leyes de ar-

monización de las disposiciones normativas de las CCAA: competencia estatal. Autonomía financiera de las CCAA.

**FALLO:** Se estima parcialmente el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja y, en consecuencia, declarar que los arts. 3, apartados 3 a) y 4, inciso “y lo comunique al Ministerio de la Vivienda”; 4, apartados 1, 3, 4, 5, y 6; 5; 6; 7; y 8; la disposición adicional segunda; la disposición final primera y la disposición final segunda del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes, vulneran las competencias de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Se anulan los citados preceptos, con el alcance que se determina en el fundamento jurídico 12 de esta Sentencia. Se desestima el conflicto en todo lo demás.

**6. Sentencia 38/2012, de 2012 (BOE de 27 de abril). Ponente: Pérez Vera (Conflicto positivo de competencia).**

**Preceptos constitucionales:** 149.1.23  
**otros:**

**Objeto:** Promovido por la Junta de Galicia, representado por el Letrado de la misma, contra la resolución de 31 de agosto de 2009, de la Dirección general de medio natural y política forestal, por la que convoca la concesión de ayudas a entidades y organizaciones no gubernamentales de ámbito estatal para la realización de actividades privadas relacionadas con los principios inspiradores de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, y con las finalidades de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes.

**Materias:** Protección del medio ambiente: competencia exclusiva del Estado. Competencia de las CCAA para establecer medidas adicionales de protección

**FALLO:** Se estima el conflicto positivo de competencia núm. 10801-2009 interpuesto por la Junta de Galicia contra la resolución de 31 de agosto de 2009, de la Dirección general de medio natural y política forestal, por la que convoca la concesión de ayudas a entidades y organizaciones no gubernamentales de ámbito estatal para la realización de actividades privadas relacionadas con los principios inspiradores de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, y con las finalidades de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes y en consecuencia declarar que dicha resolución vulnera las competencias de la Junta de Galicia.



# 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 (\*)

### II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

#### AUTONOMÍA LOCAL

No es un título de atribución competencial y su ámbito se encomienda al legislador, respetando el contenido indisponible de esta garantía institucional

“Y, sin embargo, la Entidad local recurrente no proporciona ningún sustento normativo sobre el que asentar las determinaciones que, sobre horarios comerciales, se incluyen en la ordenanza complementaria impugnada.

Esta carencia desde luego no puede ser suplida indiscriminadamente por referencias retóricas a la autonomía local, que no es un título de atribución competencial en los términos invocados. Recordemos que la

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

autonomía local supone el reconocimiento de un ámbito competencial propio, aunque ese ámbito no se defina por la Constitución sino que se encomiende al legislador que debe, no obstante, aceptar ese contenido indisponible que constituye esta garantía institucional (STC 214/1989, de 21 de diciembre).

Las invocaciones a la Ley de Bases de Régimen Local, por otro lado, revisten un carácter genérico e indeterminado en la medida que conducen su discurso a lo dispuesto en el artículo 2 de la mentada Ley: Lo mismo sucede con la cita de los supuestos relativos a la seguridad en lugares públicos, la ordenación urbanística, la protección del medio ambiente, o bien la protección de la salubridad pública (apartados a), d), f) y h) del artículo 25.2 de la LJCA), pues ninguna de las competencias descritas en tales apartados pueden prestar cobertura a la fijación de horarios comerciales, para una zona del municipio, en una ordenanza complementaria de un plan parcial. Pasando por alto, pues no se suscita ahora en casación y sería una cuestión subsiguiente a la competencia, si un plan parcial es un instrumento adecuado para incluir normas no urbanísticas como es la fijación de horarios de apertura y cierre de establecimiento comerciales.

OCTAVO:– Los municipios, como los demás entes públicos territoriales previstos en el artículo 137 de la CE, gozan de autonomía “ para la gestión de sus respectivos intereses”.

En este sentido, la autonomía local –definida en el artículo 3 la Carta Europea de Autonomía Local como el” derecho y la capacidad efectiva para las entidades locales de regular ya administrar, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de su población, una parte importante de los asuntos públicos “–se configura como una forma de autogobierno que se traduce en decidir entre diversas opciones legalmente posibles. Como señala el Tribunal Constitucional “ la autonomía municipal consiste, fundamentalmente, en la capacidad de decidir libremente entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política “ (STC 193/1987, de 9 de diciembre).

De manera que el reconocimiento de la autonomía local no se desvincula del marco legal –”legalmente posibles” declara el Tribunal Constitucional– sobre atribución de competencias, pues su aplicación únicamente procede, como es natural, dentro del ámbito de dichas competencias locales que, como antes señalamos y ahora insistimos, no prestan cobertura alguna a la fijación de horarios comerciales por un Ayuntamiento al aprobar las normas de un plan parcial.

Ni que decir tiene que nada añade a este caso, como antes adelanta-

mos, las referencias a la garantía institucional de la autonomía local, pues dicha garantía, como viene declarándose desde la STC 32/1981, y tras señalarse que la concreción de dichas competencias corresponde al legislador estatal y legisladores autonómicos, supone reconocer un núcleo indisponible para el legislador sin el cual las Administraciones Locales no sería reconocibles como tales. Cuestión que no guarda la debida relación con lo alegado por el Ayuntamiento recurrente que, al socaire de la invocación de dicha garantía institucional, lo que se pretende es atribuir a la autonomía local la naturaleza de un título competencial, para ejercitar competencias que ni la Constitución ni la ley atribuye”.

*(STS de 14 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 7º y 8º. Magistrada Ponente Sra. Tésa Gamella)*

(ROJ: STS 8460/2012. Nº Recurso: 3382/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## IV. BIENES PÚBLICOS

### APROVECHAMIENTOS MINEROS

El derecho a indemnización tiene como presupuesto la declaración de incompatibilidad entre el permiso de investigación y el posterior permiso de explotación, cuando el titular del primero se viera privado de la facultad de ocupar el terreno comprendido en el citado permiso de investigación.

“**TERCERO.**– Para resolver el primer motivo debemos remitirnos necesariamente a nuestra reciente sentencia de 19 de noviembre de 2012, recaída en el recurso de casación 4584/2009, interpuesto también por «Herederos de Juan Acuña, S.L.» contra la sentencia estimatoria parcial de la impugnación de la resolución de la Dirección General de Minas que declaraba la compatibilidad entre los trabajos del permiso de investigación San Rafael (Pl 116) y cinco autorizaciones de explotación de los recursos de la sección A), entre ellas la autorización aquí recurrida, otorgada a «Hormigones Orinoco» (A-377).

En el sexto fundamento de esa sentencia dijimos:

*«La prioridad entre aprovechamientos mineros no se determina en función del momento de la solicitud cuando se trata de autorizaciones de distinta naturaleza, sino del que resulte preferente para el interés público en caso de incompatibilidad. Ya de-*

*claramos en nuestra Sentencia de 29 de septiembre de 1994 (RA 725/1992) que el enfrenamiento de aprovechamientos «debe resolverse no por el principio de prioridad en la solicitud (que era el aceptado por la vieja Ley de Minas de 1944) “sino por el principio de prevalencia del mayor interés o utilidad pública que la nueva Ley de Minas establece [...]”».*

*Por ello dispone el artículo 22.1 de esta Ley que «si dentro del perímetro de un permiso de investigación [...] se solicitara autorización para recursos de la sección A), antes de concederse esta última deberá declararse la compatibilidad de los trabajos respectivos, con audiencia de las partes interesadas [y] Si fueran declarados incompatibles, deberán determinarse los que son de mayor interés o utilidad pública, que serán los que prevalezcan».*

*La prioridad temporal queda restringida a los supuestos previstos en los artículos 60.1, 66.2 y 84.2 del citado Reglamento, relativos a los permisos de exploración e investigación y concesiones directas de explotación, preceptos que se corresponden con los aprovechamientos mencionados en el artículo 77 de la Ley de Minas y 100 del Reglamento. Estos dos últimos artículos establecen que en el libro registro se inscribirán, «por el riguroso orden en que fueren presentadas», «las solicitudes de permisos de exploración, de permisos de investigación y de concesiones directas de explotación». De todos modos, la antelación temporal de una autorización puede originar el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 29.4 del Reglamento de Minas. Ahora bien, tal eventualidad depende inexcusablemente de la declaración de incompatibilidad entre el permiso de investigación preexistente y el posterior permiso de explotación, que es lo que conduciría a que el titular del primero se viera privado de la facultad de ocupar el terreno comprendido en el permiso. Por esta causa también dijimos en nuestra precedente sentencia:*

*« [...] El derecho a la indemnización a que se alude en el escrito de interposición del recurso exige una precedente declaración de incompatibilidad. El hecho que genera el derecho a ser indemnizado consiste en la desposesión del terreno y la consiguiente imposibilidad de proseguir la actividad minera de que se trate, por cuya razón la Ley de Minas y el Reglamento acuden a la normativa de expropiación forzosa para determinar el importe del resarcimiento, que debe verificarse «a partir del trámite del justiprecio» (artículo 29.4 del Reglamento). Dado que en este caso los trabajos de investigación son compatibles con las autorizaciones de explotación y no hay desposesión, y ni siquiera limitación de la ocupación, para ninguno de los titulares, no confluyen las circunstancias para que surja el derecho de la recurrente a ser indemnizada. »*

Efectivamente, fue declarada en el presente supuesto la compatibilidad del permiso de investigación PI166 y la autorización de explotación de la sección A) A-377. Impugnada tal declaración en vía jurisdiccional, fue confirmada por el Tribunal de instancia en una sentencia que

ha devenido firme al rechazar esta Sala el recurso de casación interpuesto contra ella (en el seno del ya mencionado recurso 4584/2009). Por tanto, el supuesto de hecho para que nazca el derecho a ser indemnizado no se ha producido”.

*(STS de 21 de noviembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 3º. Magistrada Ponente Sra. Perelló Domenech)*

(ROJ: STS 8271/2012. Nº Recurso: 4576/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### COMPETENCIAS TRANSFERIDAS

El ejercicio de la potestad de revisión de oficio corresponde en principio a la propia Administración de la que emana el acto; sin embargo, el ejercicio de esta facultad revisora corresponderá a la Administración de la Comunidad Autónoma, cuando se hayan transferido las competencias en la materia objeto de la petición de revisión de oficio

“El recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado, pues, como pone de relieve la defensa letrada del Ayuntamiento de Sevilla en su escrito de contestación a la demanda, la parte actora ha incurrido, en el planteamiento de su recurso, en desviación procesal, ya que se limita a formular alegaciones respecto de la supuesta nulidad de pleno derecho del Decreto del General Franco, número 331, de 28 de julio de 1937, sin argumentar sobre la invalidez del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2011, denegatorio de la solicitud de revisión de oficio, que constituye el verdadero objeto de las presentes actuaciones.

En efecto, constatamos que en los escritos procesales de demanda y de conclusiones formulados por la representación procesal del Ayuntamiento de Dos Hermanas no se cuestiona con la exposición de argumentos concretos y convincentes la decisión del Consejo de Ministros de inadmitir la solicitud instada de revisión de oficio del mencionado Decreto número 331, de 28 de julio de 1937.

Por ello, ante la falta de crítica a la fundamentación jurídica que sustenta el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2011, no procedería entrar a analizar si concurren en este caso los presupuestos

que autorizan al órgano competente para la revisión de oficio acordar motivadamente la inadmisión a trámite de la solicitud formulada, conforme a lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción introducida por la Ley 4/1999, de 14 de enero, por no basarse la petición en alguna de la causas de nulidad del artículo 62 LRJAP –PAC, o por carecer manifiestamente de fundamento o por haberse desestimado, en cuanto al fondo, otras solicitudes sustancialmente iguales.

Cabe, en todo caso, recordar que, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 28 de abril de 2011, la inadmisión que autoriza el artículo 102.3 de la Ley 30/1992, por la falta de fundamento de la solicitud, no permite anticipar el juicio que tendría lugar tras la sustanciación del procedimiento de revisión de oficio al deber ceñirse a valorar si concurren los presupuestos para acordar la inadmisión. Por ello, únicamente se permite el juicio anticipado de carácter negativo cuando la falta de fundamento de la petición de revisión de oficio aparece como “manifiesta”.

No obstante, cabe significar que el Acuerdo gubernamental de 21 de enero de 2011 se fundamentaba al amparo de lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la apreciación de que, conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 5 de mayo de 2005, la Administración General del Estado carecía de competencia para entrar en el fondo de la revisión solicitada y declarar la nulidad del referido Decreto, puesto que el titular de la competencia para la alteración de términos municipales, pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma, corresponde, en el supuesto examinado, a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en virtud de lo dispuesto en los artículos 59 y 91 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo:

Al respecto, cabe poner de relieve que ninguna tacha de ilegalidad podría suscitarse en relación con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2011, pues la decisión de inadmisión se revela acorde con la doctrina de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 24 de febrero de 2009, en la que sostuvimos que, aunque la potestad de revisión de oficio corresponde en principio a la propia Administración de la que ha emanado el acto, sin embargo, el ejercicio de esta facultad revisora corresponde-

rá a la Administración de la Comunidad Autónoma cuando se hayan transferido las competencias en la materia objeto de la petición de revisión de oficio, al incluirse sin distinción todas las potestades administrativas inherentes a dicha atribución, lo que en el supuesto enjuiciado determina la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La extensión de la pretensión deducida con el objeto de que se declare por esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo la nulidad de pleno Derecho del Decreto del General Franco de 28 de julio de 1937, por incurrir en los supuestos de nulidad enunciados en el artículo 62.1 a), b) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede ser acogida, pues ello supondría eludir las formalidades establecidas en el artículo 102 de la citada Ley procedimental, que exige que se haya emitido Dictamen favorable del Consejo de Estado y resolver sobre la delimitación de los términos municipales de Dos Hermanas y Sevilla, y contradecir la decisión de la Junta de Andalucía, que rechazó expresamente la petición de agregación de los terrenos controvertidos al término municipal de Dos Hermanas.

En efecto, cabe poner de relieve que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no podía suplir los trámites formales exigidos para la revisión de actos administrativos en los supuestos de nulidad de pleno derecho, previstos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, enunciados en el artículo 102 de la referida Ley procedimental administrativa, pues, frente a una resolución del órgano competente para la revisión de oficio de inadmisión a trámite de la solicitud formulada por las causas tasadas establecidas en dicha disposición legal, únicamente podría acordar, por razones de seguridad jurídica, salvo en supuestos excepcionales, la retroacción del procedimiento para que se sigan las formalidades requeridas, entre las que resulta imprescindible recabar Dictamen del Consejo de Estado o el órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, sin prejuzgar per saltum los criterios de fondo (STS 8 de abril de 2008, 14 de enero de 2010 y 8 de febrero de 2012.”

*(STS de 5 de julio de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Banderés Sánchez-Cruzat)*

(ROJ: STS 4813/2012. N° Recurso: 216/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## VI. CONTRATOS

### ADJUDICACIÓN DE CONTRATO

El TS recuerda la evolución de la doctrina de la discrecionalidad técnica y su control jurisdiccional

El planteamiento del primer motivo de casación que ha quedado expuesto pone de manifiesto que la primera cuestión que aquí ha de abordarse es la referida al significado y ámbito que han de reconocerse a la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica, y a las posibilidades del control jurisdiccional que debe ser ejercitado frente a los actos de calificación especializada sobre los que se proyecta dicha doctrina.

Como ya recordó la sentencia de 1 de abril de 2009 de esta Sala y sección, ya debe decirse que sobre la cuestión que acaba de apuntarse hay una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE); y cuyas líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue:

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo, que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

“Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)”.

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así:

“Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE”.

3.— La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”. El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SsTS de 28 de enero de 1992, de 11 de diciembre de 1995, 15 de enero de 1996, y 1 de julio de 1996).

4.— Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007

(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”.

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cual debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios

conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los recientes pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007)”

*(STS de 17 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Sec. 7ª. F. D. 7ª. Magistrado Ponente Sr. Maurandi Guillén)*

(ROJ: STS 8584/2012. N° Recurso: 3804/2010. <http://www.poderjudicial.es>)

## VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

### VISADO COLEGIAL OBLIGATORIO

La sentencia declara la plena adecuación a la legalidad del Real Decreto 1000/2010, sobre visado colegial obligatorio. Se recogen aquí tan sólo los argumentos en que se fundamenta la facultad de las Administraciones Públicas para eximir de la obligación de visado, en determinados casos, a los trabajos profesionales objeto de un contrato del sector público.

En cuanto a las alegaciones que en el mismo motivo tercero de su recurso formula la Unión Profesional de Colegios de Ingenieros sobre la exclusión del visado obligatorio para los supuestos previstos por el artículo 4 del Real Decreto 1000/2010, nuestra sentencia de 17 de septiembre de 2012 (recurso número 474/2010, interpuesto por Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España) se ha expresado en los siguientes términos, que bastarán para rechazar el contenido de esta parte de la presente demanda:

“[...] La pretensión de nulidad del artículo 4 del Real Decreto 1000/2010 se argumenta en el fundamento jurídico tercero de la demanda sobre dos bases: por un lado, excedería del ámbito de la habilitación normativa y de los títulos competenciales del Estado y, por otro lado, resultaría ilegal “al otorgar a los informes de las oficinas de supervisión de proyectos el mismo alcance que el contenido del visado colegial obligatorio”.

El referido artículo 4 permite, en su apartado primero, sustituir el visado colegial obligatorio por los informes que las oficinas de supervisión de proyectos de las administraciones públicas hayan emitido en aplicación de las normas sobre contratación del sector público. Y en el apartado segundo extiende esta misma posibilidad a aquellos trabajos que, sin encontrarse en el supuesto anterior, fueran objeto de contratos públicos respecto de los cuales las administraciones cuenten con mecanismos de supervisión o control análogos a los prestados por los Colegios profesionales al visar los respectivos proyectos.

En definitiva, según el régimen instaurado por el Real Decreto 1000/2010 no será preciso el visado colegial obligatorio de los proyectos correspondientes a contratos del sector público si los dos objetos exclusivos de la intervención colegial (comprobar la identidad; y habilitación profesional del autor del trabajo y la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional) ya han sido verificados por las administraciones públicas contratantes.

Ante una impugnación análoga de este mismo precepto, efectuada en el recurso 463/2010, dijimos en la sentencia de 9 de marzo de 2012 lo siguiente: "[...] La pretensión anulatoria del artículo 4.1 y de la disposición adicional única del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto sustentada en la infracción de los artículos 5, 9 y 13 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, en cuanto se excluyen de la exigencia de obtención de visado colegial obligatorio los trabajos profesionales que formen parte del objeto de un contrato con la Administración General del Estado, al estipular que basta el Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos de la Administración Pública competente, no puede prosperar, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, pues entendemos que el referido Informe permite comprobar tanto la idoneidad y habilitación profesional del autor del trabajo como la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa de carácter legal o reglamentaria aplicable al proyecto de que se trate.

La pretensión anulatoria del artículo 4.2 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, basada en la argumentación de que esta disposición reglamentaria, que estipula la facultad de las Administraciones Públicas de eximir de la obligación de visado a los trabajos profesionales objeto de un contrato del sector público en determinados casos, vulnera el principio de reserva de Ley y el principio de jerarquía normativa, en relación con lo dispuesto en los artículos 103 y 149.1.18a de la Constitución, y el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Ré-

gimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede ser acogida, en cuanto que no se justifica, ni de forma indiciaría, en que medida no tiene cobertura legal la prescindencia de la intervención del Colegio Profesional, respecto de trabajos profesionales desarrollados en el ámbito de la contratación pública.

[...] Reiteramos ahora esta misma conclusión pues, en efecto, la amplia habilitación legal dada al Gobierno para establecer los trabajos profesionales sometidos a visado colegial obligatorio le permite excluir de esta exigencia aquellos supuestos –como el de los trabajos objeto de contratos del sector público– en que los mismos objetivos están ya garantizados por otros medios. Es legítimo, en consecuencia, que bien porque la normativa específica en materia de contratación pública así lo prevea, bien porque las Administraciones públicas se hayan dotado de instrumentos propios para garantizar el mismo objetivo, el visado colegial no sea exigible respecto de aquellos trabajos si la propia Administración dispone de medios que le permitan comprobar la idoneidad y habilitación profesional del autor del trabajo y la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo.

En contra de lo que sostiene el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, las normas reguladoras de las oficinas de supervisión de proyectos (en concreto, el artículo 109 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) posibilitan que las unidades de supervisión de los proyectos correspondientes a los contratos de obras verifiquen, entre otros extremos, aquellos dos. Dichas oficinas o unidades han de comprobar, en efecto, “[...] que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto”. En la medida en que una determinada obra, objeto de un contrato del sector público, requiera un proyecto de edificación sujeto a sus propias pautas normativas (esto es, exija preceptivamente la intervención profesional de un técnico competente y un determinado contenido documental) la supervisión previa del proyecto a cargo de aquellas oficinas o unidades ha de comprender su ajuste a dichas pautas mínimas, además de extenderse a los aspectos estrictamente técnicos en los que los colegios profesionales no pueden entrar.

Este mismo esquema argumental es aplicable a los casos (apartado segundo del artículo 4) en que, sin existir las oficinas o unidades de supervisión en cuanto tales, las Administraciones Públicas contratantes cuenten con instrumentos organizativos bastantes para verificar por sí, en relación con las obras objeto de sus contratos, la idoneidad y habi-

litación profesional del autor del trabajo y la corrección e integridad formal de la documentación. Si en un determinado caso aquellos instrumentos no fueran suficientes no se respetaría el artículo 4 del Real Decreto 1000/2010, que impone un nivel de control análogo al que los colegios profesionales llevarían a cabo en otro caso (siempre limitado a aquellos dos aspectos no estrictamente técnicos).

Ninguno de ambos apartados incurre, pues, en la vulneración de las normas que se le imputa. La regulación de esta materia no excede de la habilitación normativa –ni, en esa misma medida, de los títulos competenciales del Estado– pues el Gobierno queda autorizado para decidir, en un sentido o en otro, qué trabajos profesionales requieren visado colegial obligatorio, lo que le permite excluir aquellos supuestos en que las funciones de esta figura aparezcan ya cubiertas por otros medios. Y nada impide, como hemos expuesto, que los informes de las oficinas o unidades de supervisión –o de otros instrumentos similares– sobre los proyectos de las obras objeto de contratos administrativos incluyan la verificación de la idoneidad y habilitación: profesional del autor del trabajo y la corrección e integridad formal de la documentación presentada.”

*(STS de 24 de septiembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 6º JM Magistrado Ponente Sr. Campos Sánchez-Bordona)*

(ROJ: STS 5973/2012. Nº Recurso: 473/2010. <http://www.poderjudicial.es>)

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### PRESCRIPCIÓN DE SANCIONES

El inicio del cómputo del plazo de prescripción de las resoluciones sancionadoras firmes en vía administrativa, que han sido objeto de recurso jurisdiccional con solicitud de suspensión de la sanción impuesta, es el día siguiente a la denegación por el órgano jurisdiccional de la medida cautelar solicitada, por tener la Administración –a partir de ese momento– expedita su acción para proceder a la ejecución del acto

“Tercero.– El debate en la instancia se reproduce ahora en casación y consiste básicamente, según ya hemos avanzado, en determinar si como día inicial para el cómputo de la prescripción de las sanciones hay

que tomar, cuando se hayan interpuesto recursos jurisdiccionales, la fecha de la denominada “firmeza administrativa” del acto impugnado o, por el contrario, la fecha en que se produzca la “firmeza de la sentencia judicial” que hubiera rechazado el recurso interpuesto contra la validez del acto administrativo sancionador.

Tanto la Administración como el tribunal de instancia interpretan el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 en el sentido de que el plazo de prescripción de las sanciones comienza a correr cuando el recurso jurisdiccional contra el acto sancionador haya concluido por sentencia firme que corrobore la validez de aquél. A su juicio, el “día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la cual se impone la sanción” es la fecha inmediata posterior a la firmeza de la decisión judicial, si es que se interpuso el oportuno recurso jurisdiccional frente a la decisión administrativa. En el caso de autos, pues, habiendo estado sub iudice la validez del acto sancionador desde 1999 hasta la sentencia de 30 de mayo de 2006, no habría prescrito la sanción impuesta cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia exigió su pago el 8 de marzo de 2007.

La tesis de la sociedad recurrente es, por el contrario, que la “firmeza” a la que se refiere el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 es la que se produce en vía administrativa, previo agotamiento de los recursos internos en su caso, pues es entonces cuando la Administración puede ejecutar sus actos. Si estos tienen carácter sancionador, son recurridos en vía judicial y el juez no accede a la suspensión cautelar (como en este caso ocurrió) se abre la posibilidad de que la Administración ejecute sus propias decisiones a partir de aquel momento, que se convierte en la fecha de comienzo o *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo. Dado que la demora de la Administración en ejecutar sus actos se prolongó en este supuesto desde 1999 (año en que la Sala de la Audiencia Nacional resolvió no suspender la ejecución de la multa impuesta) hasta 2007, transcurrió con exceso el plazo de cuatro años que la Ley de Defensa de la Competencia fija para que prescriban las sanciones. Este es, en síntesis, el planteamiento argumental de los dos motivos casacionales, que abordaremos de modo conjunto al estar entrelazados.

Cuarto.— La denominada “prescripción de la sanción” describe un efecto jurídico vinculado al transcurso del tiempo sin que la sanción misma, una vez alcanzada la firmeza de la resolución en cuya virtud se impone, haya sido ejecutada. En realidad se trata de una modalidad de prescripción de la acción administrativa: lo que prescribe o se extingue es la acción de la Administración para proceder, en este caso, a la ejecución y cobro de la multa impuesta. La sanción propiamente dicha

subsiste (e incluso podría eventualmente producir ciertos efectos) mientras no sea cancelada, pero deviene ya inejecutable cuando se ha consumido el lapso de tiempo que la Ley marca al efecto.

Como toda institución de este género, el substrato o fundamento jurídico de la prescripción en materia sancionadora es debatido: para algunos hace prevalecer el valor de la seguridad jurídica sobre el de la justicia retributiva “imperecedera” y para otros se trata de un instrumento pragmático cuyo designio es simplemente evitar los efectos no deseados de situaciones que se mantienen en el tiempo más allá de lo razonable. Con uno u otro fundamento lo cierto es que el legislador considera preferible o bien que no sean sancionadas ciertas conductas antijurídicas una vez que ha transcurrido “demasiado” tiempo desde su comisión (prescripción de las infracciones), o bien que la tardanza “excesiva” en ejecutar las sanciones ya impuestas, sobrepasado un plazo determinado, se traduzca en su definitiva extinción (prescripción de las sanciones). En este último caso, los sancionados conocen de antemano, por virtud de la previsión legal, durante cuánto tiempo permite la Ley que las sanciones impuestas y dotadas de “firmeza” puedan ser ejecutadas por la Administración.

Si la sujeción de las sanciones en materia de defensa de la competencia a límites temporales (tres años en la redacción originaria de la Ley 16/1989, cuatro años tras la reforma de ésta por la Ley 52/1999 y en la vigente en la Ley 15/2007, habiendo aplicado el tribunal de instancia al caso de autos el plazo trienal por razones temporales) no es discutida en el proceso, si lo es cuándo se inicia el cómputo del plazo y cuándo puede considerarse interrumpido, cuestiones que ante el silencio de la Ley específicamente aplicable deben ser resueltas apelando a las cláusulas generales de la Ley 30/1992 sobre la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas.

Quinto.— A los efectos que siguen entenderemos por actos firmes en vía administrativa aquellos contra los que no cabe ya ulterior recurso administrativo. En la práctica puede considerarse que coinciden con los actos que “ponen fin a la vía administrativa” (artículo 109 de la Ley 30/1992), aunque resulte posible que ganen firmeza en vía administrativa actos que en principio no la agotarían, por caber contra ellos recursos de alzada, pero frente a los cuales se haya aquietado su destinatario.

La “firmeza” de las resoluciones a la que se refiere el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 es la que se produce en vía administrativa. Que ello es así se aprecia con claridad cuando se trate de resoluciones sancionadoras que hayan agotado, en su caso, la vía administrativa contra las

que no se haya interpuesto recurso jurisdiccional. En dichos supuestos nadie discute que si el plazo de prescripción de la sanción impuesta comienza a contarse “desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la cual se impone la sanción” (por seguir la dicción literal del precepto), el dies a quo es justamente la fecha siguiente a aquella en que la resolución sancionadora ha “ganado” firmeza en vía administrativa.

Un segundo argumento en favor de la tesis sobre la naturaleza administrativa de la firmeza a la que se refiere el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 es que este cuerpo legal regula tan sólo las incidencias propias del procedimiento administrativo hasta su conclusión (esto es, hasta que los actos a los que se preordena el procedimiento culminan su itinerario en vía administrativa) y no se refiere a las vicisitudes posteriores derivadas de su impugnación jurisdiccional.

Los diversos preceptos de la Ley 30/1992 que aluden a los actos administrativos “firmes” se aplican a los que lo son en vía administrativa, tanto si algunos de aquellos preceptos utilizan precisamente esta última expresión (es el caso del artículo 108 que permite el recurso extraordinario de revisión contra actos “firmes en vía administrativa”) como si aluden simplemente a “actos firmes”. Cuando el artículo 102.4 de la Ley 30/1992 establece la subsistencia de los “actos firmes” anteriores a la declaración de nulidad de una disposición general; el artículo 115 dispone que la falta de interposición del recurso de alzada implica que la resolución sea “firme a todos los efectos”; o el artículo 131.3 trata de la agravante de reincidencia por la comisión de una infracción precedente de la misma naturaleza así declarada en “resolución firme”, unos y otros se refieren a aquellos actos que han ganado firmeza en vía administrativa.

En este mismo sentido, y a los efectos de la agravante de reincidencia en conductas sancionables a título de la Ley de Defensa de la Competencia, analizamos los términos “resolución administrativa firme” dentro del contexto de la Ley 30/1992 en nuestra sentencia de 23 de marzo de 2005 que se hace eco de las en ella citadas, así como en sentencias posteriores.

Sexto.— La consecuencia derivada de la firmeza administrativa del acto sancionador es, en nuestro sistema, su ejecutividad (artículo 138.3 de la Ley 30/1992), cualidad no necesariamente asociada a aquélla pues caben, en efecto, actos ejecutivos aún no firmes. Hasta aquí el esquema conceptual de la Ley 30/1992 es congruente y, repetimos, se limita a regular los efectos jurídicos que se anudan a los actos administrativos firmes en vía administrativa y ejecutivos. El reverso del binomio

firmeza— ejecutividad es, precisamente, el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de la sanción administrativa, una vez que la resolución en cuya virtud se impone goza de aquellas dos cualidades sin restricción alguna (artículo 132.3 de la Ley 30/1992).

Destacaremos, en este momento, que la Administración “facultada” para ejecutar sus propias decisiones sancionadoras está también condicionada a hacerlo dentro de los plazos legales, salvo que las deje sin efecto o las suspenda (artículos 94,111 y 138 de la Ley 30/1992). Si no las ejecuta dentro del lapso marcado por la Ley para la prescripción de la acción tendente a exigir su cumplimiento, dicha acción se extingue. Séptimo.— Los problemas surgen cuando las resoluciones sancionadoras “firmes en vía administrativa” y, por lo tanto, ya ejecutivas en principio, son objeto de recurso jurisdiccional. Y sobre ello no se pronuncia en realidad la Ley 30/1992, salvo de modo colateral en el artículo 111.4 (introducido por la reforma de 1999), remitiendo todo lo relativo al régimen de impugnación jurisdiccional de aquellas resoluciones, también en sede cautelar, a lo que disponga la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso—Administrativa.

Consideraciones ligadas al derecho a la tutela judicial efectiva determinaron que el Tribunal Constitucional (por todas, sentencia constitucional 78/1996) reputase contraria al artículo 24 de la Constitución la ejecutividad inmediata de las resoluciones administrativas sancionadoras contra las que se hubiera interpuesto un recurso jurisdiccional con petición de suspensión de aquéllas, mientras no recayese la decisión cautelar del juez. Si esta última fuese contraria a la suspensión de las sanciones impuestas, el carácter ejecutivo de la resolución administrativa, hasta entonces diferido, recobra su virtualidad plena.

En este mismo sentido el ya citado artículo 111.4 de la Ley 30/1992 permite que la suspensión acordada en vía administrativa “pueda prolongarse sin solución de continuidad hasta la sede jurisdiccional”, esto es, hasta que el juez resuelva lo procedente. En concreto, dispone aquel precepto que “la suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso—administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso—administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.”

La conexión de los dos sistemas normativos (el aplicable al procedimiento administrativo y el aplicable a la revisión jurisdiccional) en este punto implica que debe, obviamente, estarse a lo que resulte de la de-

cisión cautelar adoptada por el juez. Si ésta resulta contraria a la suspensión de la resolución sancionadora, dicha resolución, que nunca perdió su cualidad de “firme en vía administrativa” (sin la que no podría ser impugnada), despliega de nuevo su carácter ejecutivo. El inicial obstáculo a su ejecutividad, derivado de la interposición del recurso judicial con solicitud de medida cautelar, resulta en tales casos desbloqueado o desactivado por virtud de la decisión del órgano jurisdiccional llamado precisamente a resolver sobre la suspensión del acto impugnado, que la deniega. Y desde ese mismo momento la Administración tiene expedita su acción para proceder a la ejecución del acto (en lo que aquí importa, al cobro de la multa impuesta), con la consecuencia de que su demora más allá del plazo fijado en la ley para hacerlo (esto es, para que prescriba la sanción) acarrea el efecto extintivo de la acción de cobro.

La conclusión anterior resulta, por lo demás, coherente con el principio que inspira el régimen general de la prescripción extintiva: el tiempo para la prescripción de las acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará “desde el día en que pudieron ejercitarse” (artículo 1969 del Código Civil”).

*(STS de 20 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 3º a 7º. Magistrado Ponente Sr. Campos Sánchez-Bordona)*

(ROJ: STS 8445/2012. Nº Recurso: 3495/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

### DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR

El Tribunal Supremo expone el fundamento constitucional y fines del derecho a la tutela cautelar

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en ins-

trumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956, cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990. Esta resolución proclama lo que llama “derecho a la tutela cautelar”, inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, “lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)”. Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”.

La decisión sobre medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:

« a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: “la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación “. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición ilimitada en el que el órga-

no judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal” (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto” (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar»”

(STS de 29 de noviembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. ED. 2º. Magistrado Ponente Sr. Andrés Sánchez-Cruza)

(ROJ: STS 7861/2012. Nº Recurso: 5487/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

### XIII. FUENTES

#### RETROACTIVIDAD

No entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso

“TERCERO:— Sobre otros recursos contra el Real Decreto 1565/2010 y la doctrina sentada por la Sala.

La Sala ha conocido ya de otros recursos dirigidos contra el mismo Real Decreto 1565/2010 que se impugna en este recurso; asimismo, el presente recurso ha sido deliberado conjuntamente con otros dirigidos también contra la misma disposición. En varios casos, las alegaciones formuladas en los precitados recursos son substancialmente análogas a las del que ahora conocemos y, en algún caso, literalmente idénticas.

En consecuencia, procede que nos remitamos ahora a las razones expuestas en la Sentencia de 12 de abril de 2.012, asimismo dirigido contra el Real Decreto 1565/2010:

Los motivos de impugnación alegados para interesar que anulemos la supresión, a partir del año 30, del derecho al cobro de la tarifa regulada en el Real Decreto 661/2007 por los titulares de las instalaciones fotovoltaicas son variados, pero la mayoría de ellos tienen un punto común: a juicio de los recurrentes la medida adoptada es retroactiva y vulnera los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

La calificación de “retroactiva” aplicada a la medida objeto de litigio se hace para, a continuación, tratar de deslegitimar su validez apelando o bien al artículo 9.3 de la Constitución (que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales) o bien al artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (que reitera esta misma proscripción para las “disposiciones administrativas [...] que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”). En otros casos se invoca el artículo 2.3 del Código Civil, a tenor del cual las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.

El concepto de “retroactividad prohibida” es mucho más limitado que el de la mera “retroactividad” a secas, por más que este último se utilice con frecuencia en el debate no jurídico (incluso a veces por quienes asumen responsabilidades públicas) con finalidad descalificadora frente a las innovaciones del ordenamiento.

Si a ello sumamos que la misma equívocidad del término ha planteado desde tiempo inmemorial problemas de dogmática jurídica bien conocidos, fácilmente se deducirá que el debate puede convertirse en una serie de disquisiciones más o menos interesadas sobre una noción jurídica respecto de la cual cada interlocutor parece hablar de realidades diferentes. Los intentos doctrinales de analizar con rigor los contornos de aquel concepto (entre nosotros el estudio del “principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas” se hizo ya, en términos no superados, hace treinta años) no se tienen debidamente en cuenta, lo que propicia que las apelaciones a la retroactividad carezcan en muchos casos de la necesaria precisión. En éste, como en otros supuestos, el “lenguaje” que se emplea no resulta indiferente.

Es cierto, por lo demás, que para quien no esté familiarizado con el uso de las categorías jurídicas, las distinciones entre retroactividad de grado máximo, medio o mínimo, o los adjetivos de “propia” e “impropia” aplicados a aquel término, suelen pasarse por alto y todo se engloba en una indiferenciada noción, de connotaciones negativas, aplicada a medidas normativas de alcance bien diferente. Para mayor confusión, se parte de la errónea premisa de identificar de modo automático retroactividad con ilicitud o prohibición y no se deslinda suficientemente aquel concepto de principios con un significado autónomo, como son el de seguridad jurídica o el de confianza legítima. Las normas incurtidas en la prohibición de retroactividad normalmente atenderán también contra estos principios, pero no viceversa.

Sin necesidad de hacer en este momento un resumen o compendio de la doctrina jurisprudencial recaída en interpretación de los preceptos antes citados, ni ceder a la tentación de transcribir innumerables fragmentos de sentencias al uso, baste decir que, conforme a aquélla, no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

A partir de esta premisa, una medida normativa como la impugnada en el presente litigio, cuya eficacia se proyecta no “hacia atrás” en el tiempo sino “hacia adelante”, a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida. La proyección hacia el futuro es particularmente destacable en este caso con sólo advertir que los efectos “reales” de la medida se producirán dentro de treinta años, momento hasta el cual se mantiene para los titulares de las instalaciones

fotovoltaicas la tarifa regulada según sus términos originarios. Calificar de retroactivo en el tiempo algo que, aprobado hoy, no tendrá plena eficacia hasta dentro de treinta años es un ejemplo de uso inadecuado de aquel adjetivo. La retroactividad se produciría si la nueva norma obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años. En rigor, ni siquiera podría calificarse de medida retroactiva y mucho menos si utilizamos este concepto jurídico en su acepción “propia”.”

*(STS de 13 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Espín Templado)*

(ROJ: STS 8203/2012. Nº Recurso: 140/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

##### DOMINIO PÚBLICO MUNICIPAL

Los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros titulares de redes.

“Primero.– Las cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación reproducen en buena medida las ya analizadas con ocasión de nuestra Sentencia de 10 de octubre de 2012, si bien referidas a una ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Santa Amalia (Badajoz).

En dicho recurso se planteó por esta Sala una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los siguientes términos:

1a) ¿El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?

2a) Para el caso de que se estime compatible la exacción con el men-

cionado, artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida ¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?

3a) ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo? Pues bien, en su respuesta al reenvío prejudicial el Tribunal de Justicia (Sentencia con fecha 12 de julio de 2012) pone de manifiesto que el artículo 13 de la Directiva autorización debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

Razona al respecto el Tribunal de Justicia lo siguiente:

“26. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en lo sustancial, si dentro del ámbito de la posibilidad que ofrece a los Estados miembros el artículo 13 de la Directiva autorización, de imponer un canon por «los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», que refleje la necesidad de garantizar el reparto óptimo de esos recursos, está incluida una normativa nacional que impone una tasa por la utilización del dominio público local no sólo a los operadores que son propietarios de las redes de telefonía desplegadas en dicho dominio, sino también a los operadores titulares de derechos de uso, de acceso o de interconexión con esas redes.

27. En particular, dicho órgano jurisdiccional interroga al Tribunal de Justicia acerca de si puede gravarse con una tasa como ésta no sólo al operador que, conforme al artículo 11, apartado 1, de la Directiva marco, es titular de los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública, o por encima o por debajo de la misma, y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de dicha Directiva y en el artículo 12 de la Directiva acceso, puede verse obligado a compartir esos recursos, sino también a los operadores que prestan servicios de telefonía móvil utilizando tales recursos.

28. Con carácter preliminar, ha de observarse que, en el marco de la Directiva autorización, los Estados miembros no pueden percibir cánones ni gravámenes sobre el suministro de redes y de servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los previstos en ella (véanse, por analogía, las sentencias de 18 de julio de 2006, *Nuova società di telecomunicazioni*, y de 10 de marzo de 2011, *Telefónica Móviles España*).

29. Según se desprende de los considerandos 30 a 32 y de los artículos 12 y 13 de la Directiva autorización, los Estados miembros únicamente están facultados, pues, para imponer o bien tasas administrativas destinadas a cubrir en total los gastos administrativos ocasionados por la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, o bien cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números, o también por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma.

30. En el procedimiento principal, el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la idea de que las tasas controvertidas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 12 de dicha Directiva ni en el concepto de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias o números en el sentido del artículo 13 de la misma. Por lo tanto, la cuestión radica únicamente en determinar si la posibilidad que tienen los Estados miembros de gravar con un canon los «derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma» en virtud del citado artículo 13 permite la aplicación de cánones como los del procedimiento principal, en tanto en cuanto se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de esos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público.

31. Si bien en la Directiva autorización no se definen, como tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a esa instalación, procede señalar, por una parte, que resulta del artículo 11, apartado 1, primer guión, de la Directiva marco que los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, se conceden a la empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, es decir, a aquella que está habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el espacio situado por encima del suelo.

32. Por otra parte, como señaló la Abogado General en los puntos 52 y 54 de sus conclusiones, los términos «recursos» e «instalación» remiten, respectivamente, a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate.

33. De ello se desprende que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad públi-

ca o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella.

34. Por lo tanto, no puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal en concepto de «canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma», puesto que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público”.

Por otra parte, habiendo quedado sin objeto la segunda cuestión prejudicial planteada (que preguntaba, para el supuesto de que la tasa se considerara compatible con el artículo 13 de la Directiva, si las condiciones en que la misma era exigida en la ordenanza satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación), el Tribunal de Justicia aborda la respuesta a la tercera cuestión relativa a si cabe reconocer al citado artículo 13 de la Directiva autorización efecto directo y, por lo tanto, si un particular puede invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

La respuesta del Tribunal es positiva, reconociendo que el artículo 13 de la Directiva tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo.

Ello es así por cuanto dicha disposición “(...) establece, en términos incondicionales y precisos, que los Estados miembros pueden imponer un canon en tres supuestos específicos, a saber, por los derechos de uso de radiofrecuencias o números o por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma”.

En definitiva, el Tribunal de Justicia, en respuesta a las preguntas formuladas por esta Sala, declaró que:

“1) El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

2) El artículo 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplica-

ción de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo”.

Segundo.— En nuestra Sentencia de 10 de octubre de 2012, que resolvió el recurso de casación número 4307/2009, tras analizar el marco normativo aplicable así como la respuesta prejudicial ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión antes aludida, estimamos el último motivo del recurso de casación con la consiguiente estimación parcial del recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulando determinados preceptos de la Ordenanza impugnada (en ese caso del Ayuntamiento de Santa Amalia).

La solución a la que debemos llegar hoy, por unidad de doctrina, es la misma, de tal manera que procede la anulación de los siguientes preceptos de la Ordenanza impugnada:

a) Del artículo 2.2 en cuanto incluye dentro del hecho imponible de la tasa la utilización de antenas, instalaciones o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, por parte de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil que no sean titulares de aquellos elementos a las que implícitamente se refiere el artículo 2.2 de la Ordenanza en el inciso final “con independencia de quien sea el titular de aquéllas” (de las antenas, instalaciones o redes). La extensión del hecho imponible a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil, resulta contraria al artículo 13 de la Directiva autorización.

b) Del artículo 3.2 en cuanto atribuye la consideración de sujeto pasivo de la tasa de telefonía móvil a las empresas o entidades explotadoras a que se refiere el apartado 1 del propio artículo 3, “tanto si son titulares de las correspondientes instalaciones o redes, que transcurran por el dominio público local o que estén instaladas en el mismo y a través de las cuales se efectúe la explotación o prestación del servicio de telefonía móvil como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas”.

La solución a que se llega, tal y como se señaló en la Sentencia de 10 de octubre de 2012 “(...) es consecuencia inmediata de la sentencia de TJUE de 12 de julio de 2012 que obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar ta-

sas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a lo parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictada en el año 2002”.

*(STS de 7 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 1ª. F. D. 1º y 2º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Montalvo)*

(ROJ: STS 8221/2012. Nº Recurso: 2800/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

En la presente sentencia el TS sintetiza la interpretación de los apartados a) y b) del artículo 102.1 LJ

“SEGUNDO.– Dado que la recurrente funda el recurso de revisión en los motivos recogidos en las letras

a) y b) del art. 102.1 LJCA, conviene recordar la doctrina que sobre dichos motivos ha sentado reiteradamente esta Sala.

Así, en relación con el art. 102.1:a) –en virtud del cual, habrá lugar a la revisión de una sentencia firme si «después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado»–, como ha dejado establecido una reiterada jurisprudencia, es preciso que concurren los siguientes requisitos:

a) En primer lugar, que «los documentos hayan sido “recobrados” con posterioridad al momento en que haya precluido la posibilidad de aportarlos al proceso».

b) En segundo lugar, que «tales documentos sean “anteriores” a la fecha de la sentencia firme objeto de la revisión, habiendo estado “retenidos” por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme (circunstancias que deben ser plenamente acreditadas por el solicitante de la revisión)».

c) Y, en tercer y último lugar, que «se trate de documentos “decisivos” para resolver la controversia, en el sentido de que, mediante una pro-

visional apreciación, pueda inferirse que, de haber sido presentados en el litigio, la decisión recaída tendría un sesgo diferente (por lo que el motivo no puede prosperar y es inoperante si el fallo cuestionado no variaría aun estando unidos aquéllos a los autos –juicio ponderativo que debe realizar, prima facie, el Tribunal al decidir sobre la procedencia de la revisión entablada–)» (por todas, Sentencias de 18 de abril de 2005, FD Cuarto; de 13 de noviembre de 2006, FD Tercero; y de 20 de marzo de 2007, FD Segundo; en el mismo sentido, Sentencias de 11 de octubre de 2007, FD Tercero; de 29 de abril de 2008, FD Cuarto. 1; y de 2 de julio de 2008, FD Tercero).

Además, debe precisarse asimismo que el art. 102.1.a) LJCA «se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados; de modo que los que han de estar ocultados o retenidos por fuerza mayor o por obra de la contraparte a quien favorecen son los papeles, no sus contenidos directos o indirectos, que pueden acreditarse por cualquier otro medio de prueba –cuya potencial deficiencia no es posible suplir en vía de revisión–» (Sentencias de 13 de noviembre de 2006, FD Tercero; de 20 de marzo de 2007, FD Segundo; y de 11 de octubre de 2007, FD Tercero).

Y en relación con la causa prevista en la letra b) del art. 102.1 LJCA –que dispone habrá lugar a la revisión de una sentencia firme «si hubiera recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después» –, hemos venido señalando que «la redacción de este motivo difiere del que se contempla en la causa segunda de revisión en el art. 510 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, que exige que el documento haya sido declarado falso en un proceso penal, o cuya falsedad se declarase después penalmente, de ahí que la jurisprudencia de esta Sala Tercera haya aceptado la falsedad en procesos civiles, sin necesidad de la intervención de la Jurisdicción Penal en orden a la declaración formal del documento de que se trate, e incluso la “retractación” de aquél que lo redactó, pero siempre que ésta se efectúe de forma expresa, de manera que no haya lugar a duda alguna sobre su veracidad». Y también hemos señalado que «[la justificación de este motivo se halla en que si el Tribunal que dictó la sentencia hubiera sabido que el documento o documentos que tuvo en cuenta para dictarla era falso, es muy probable que el sentido de la sentencia hubiera sido diferente, pero el recurso de revisión, por esa causa, exige que el reconocimiento o declaración de la falsedad le sea dado al Tribunal, bien en una sentencia

firme civil o penal, bien por la retractación o reconocimiento del que lo redactó de que existió falsedad» [ Sentencia de 8 de julio de 2008,FD Tercero; en el mismo sentido, entre muchas otras, Sentencias de 11 de enero de 2008), FD Tercero; y de 6 de julio de 2006”

(*STS de 18 de octubre de 2012. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Montalvo*)

(ROJ: STS 7188/2012. Nº Recurso: 27/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XVI. MEDIO AMBIENTE

### ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL

Constituye una exigencia de carácter esencial que en el Estudio de Impacto Ambiental, se incluya un examen de las diferentes alternativas para el emplazamiento de la obra proyectada.

QUINTO:– El quinto motivo que, recordemos, se esgrime al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA reprocha a la sentencia la infracción de los artículos 7, 8 y 9 del Real Decreto 1131/1998, de 30 de septiembre que aprobó el Reglamento de ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986.

Se sostiene que los citados artículos, y con concreto el apartado 3 del artículo 7, imponen que el estudio de impacto ambiental debe incluir un examen de las alternativas posibles y, en concreto, de la solución adoptada. La supresión de tal exigencia, que establece el citado Reglamento y que también se recoge luego en el artículo 7.1) de la Ley de Evaluación Ambiental de Castilla–La Mancha de 1999, y que se deduce de la sentencia es, ajuicio de la recurrente, una omisión grave que debe ser corregida en casación.

Antes de nada conviene señalar que la “*ratio decidendi*” de la sentencia en este punto, expresada en el fundamento de derecho octavo, gravita sobre la aplicación de la legislación básica del Estado, como es Real Decreto Legislativo 1320/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental. Es cierto que la sentencia indica, en el citado fundamento, que sería aplicable la Ley ambiental castellano manchega, pero lo cierto es que no aplica dicha ley autonómica, sino que interpreta y aplica el expresado Real Decreto Legislativo y el Reglamento de ejecución que,

por tanto, proporcionan el soporte normativo sobre el que construye la sentencia su argumentación y la conclusión que expresa en el fallo.

SEXTO:— Pues bien, la sentencia reconoce que no se ha realizado tal estudio de alternativas, pero disculpa tal omisión porque el mismo no resultaba necesario. En concreto, se declara que “no se contempla la eliminación de especies arbóreas ni se alteran hábitats ni elementos geomorfológicos de protección especial, ni se alteran las zonas sensibles, ni afecta a especies protegidas ni a pasos o rutas migratorias “. Y se concluye que “no existía razón para admitir varias alternativas, ni existe prueba que venga a cuestionar que la declaración realizada no sea la que desde el punto medio–ambiental más se acomode a las exigencias de la Ley”. De modo que esa falta de afectación ambiental que la sentencia aprecia en este caso determina que resulte innecesario el examen de alternativas y, por tanto, su omisión no constituya un vicio de invalidez del proyecto.

Esta fundamentación se opone a la interpretación que esta Sala Tercera viene realizando de la citada norma básica –RD Legislativo de 1986 y Reglamento de ejecución–, toda vez que venimos exigiendo, con el carácter de exigencia esencial, que en los estudios de impacto ambiental deba incluirse un examen de las diferentes alternativas para el emplazamiento de la obra proyectada, proporcionando de este modo una perspectiva global que mejor salvaguarda los intereses generales medioambientales. Ello es así, incluso en casos, como el examinado, en que los que la sentencia indica que la ubicación elegida no comporta apenas quebranto al medio ambiente, pues se desconoce si se ha realizado el necesario contraste con otros emplazamientos igualmente inocuos para el medio ambiente, para determinar exactamente el grado, aunque sea mínimo, de afectación al medio ambiente que tiene el elegido y los otros tomados en consideración y finalmente rechazados. Dicho de otro modo, la elección del emplazamiento siempre ha de ser posterior a dicho contraste de alternativas, pues sólo tras el examen de las mismas se puede tener constancia de aquellas que son menos nocivas desde el punto de vista medioambiental.

SÉPTIMO:— Téngase en cuenta que el Real Decreto Legislativo 1302/1986, que tiene el carácter de legislación básica ex artículo 1, ya en su exposición de motivos explica que para “evitar los atentados a la naturaleza, proporcionando una mayor fiabilidad y confianza a las decisiones que deban adoptarse, al poder elegir, entre las diferentes alternativas posibles, aquella que mejor salvaguarde los intereses generales desde una perspectiva global e integrada y teniendo en cuenta todos los efectos derivados de la actividad proyectada”.

Sobre estos cimientos, en concordancia y coherencia con los que establece la exposición y los artículos 4.2, 5 y 6.2 de la Directiva 85/337/CEE, el artículo 2.1.c) del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental de tanta cita y los artículos 7, 8 y 9 del Reglamento de ejecución de aquel, aprobado por el Real Decreto 1131/1988, debe construirse la interpretación de la exigencia de alternativas sobre la ubicación o emplazamiento de lo proyectado. Ello nos conduce en este caso, como en otros anteriores que citamos en el fundamento siguiente, a estimar la infracción normativa reglamentaria invocada, porque no puede prescindirse del estudio de alternativas sobre el emplazamiento simplemente señalando que el elegido no causa perjuicio al medio ambiente. Tal conclusión sólo puede alcanzarse, insistimos, tras la comparación y el contraste que permite precisamente el estudio de alternativas”

(*STS de 30 de noviembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 5º, 6º y 7º. Magistrada Ponente Sra. Tésa Gamella*)

(ROJ: STS 7844/2012. Nº Recurso: 2482/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

## XX. RESPONSABILIDAD

### DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Esta doctrina permite una respuesta indemnizatoria ante la actuación médica omitida, que sin quebrar la *lex artis*, pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente

“**TERCERO.**– Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores:

“Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009:

“La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin

embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”. (FD 7°).

También esta sentencia nos ha de servir de referente a los efectos de fijar la indemnización correspondiente a lo que se considera daño indemnizable:

“Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de..., esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida pues, a la vista de los referidos informes cabe sostener que en este caso, el retraso en la práctica del “estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral”, una vez acreditada “la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm”, unido a las especiales circunstancias del paciente, sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes orgánico, además de los antecedentes familiares de neoplasia pulmonar del padre y un hermano”.

Por lo tanto, no cabe duda que la Sentencia recurrida contiene una doctrina contraria a la recogida en las sentencias de contraste, las cuales por el contrario, se pronuncian en los términos que hemos recogido.

CUARTO.— Apreciándose pues esa infracción de doctrina en la Sentencia recurrida, procede entrar en el fondo de la cuestión debatida en los términos en que queda planteado el debate que no son otros que determinar la indemnización por la pérdida de oportunidad apreciada por la sentencia recurrida.

Como dice la Sentencia de esta Sala de lo Contencioso—Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011, y reitera la de 22 de mayo de 2012 la denominada “pérdida de oportunidad” se carac-

teriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.

Lo anterior nos obliga a analizar los elementos de juicio obrantes en las actuaciones, y al respecto debemos destacar que cabe tener por probada en este proceso, pues así lo declaró la sentencia recurrida, que desde que se tiene la primera noticia de la existencia del cáncer de pulmón hasta que se inicia el primer ciclo de quimioterapia transcurren siete meses, lo que a juicio de todos los peritos ha acertado considerablemente la vida del paciente, por lo que debemos dar por bueno que el diagnóstico más temprano del cáncer, al menos, habría alargado la vida del paciente, aunque no sus posibilidades de curación”

*(STS de 3 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 2º, 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Enríquez Sancho)*

(ROJ: STS 8508/2012. Nº Recurso: 2892/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

### CLASIFICACIÓN DEL SUELO

La aprobación de un Proyecto supramunicipal que autoriza la ejecución de obras de urbanización en suelo no urbanizable, no le convierte directamente en suelo urbanizable delimitado o urbano

“QUINTO:– En el segundo de los motivos planteados por el apartado d) del mismo precepto citado, denuncia la recurrente la infracción de las normas de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la Ley de Valoraciones de 1998 y la Orden Ministerial ECO 805/2003, al deber de valorarse el suelo como urbanizable, aludiendo a la infracción de las mismas disposiciones legales en cuanto a los puntos que no han sido objeto de expreso pronunciamiento.

Comenzando por la valoración del suelo, entiende la recurrente que el suelo expropiado debía haberse valorado como suelo urbanizable deli-

mitado como consecuencia de la aprobación del Proyecto Supramunicipal de la Plataforma Logístico-Industrial y Centro de Transportes de Fraga en vez de estar a la clasificación asignada por el Plan General Municipal como suelo no urbanizable genérico, y ello por entender que el suelo apto para urbanización no puede ser un suelo no urbanizable ni valorarse como tal por deducirse así del art. 81.3 de la Ley Urbanística de Aragón al establecer que las determinaciones de los Proyectos Supramunicipales vincularán a los instrumentos de planeamiento municipales, por lo que el cambio en la clasificación del suelo se produce con la aprobación del Proyecto Supramunicipal sin necesidad de esperar a la ejecución del mismo. Aduce también la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre sistemas generales que crean ciudad y la del artículo 36 de la LEF, pues considera que este precepto no le es de aplicación.

El motivo de casación coincide con el que ya ha sido objeto de resolución por esta Sala en su reciente sentencia de fecha 30 de octubre de 2012, recurso 1466/2010, referente al mismo proyecto expropiatorio, en la cual, con remisión a la sentencia de esta Sala de fecha 18 de abril de 2012, dictada en el recurso para la unificación de doctrina nº 5576/2011, se resolvía la cuestión discutida en sentido desestimatorio y que no era otra que determinar si la aprobación del Proyecto Supramunicipal de la Plataforma Logístico-Industrial y Centro de Transportes de Fraga conllevaba la modificación de la clasificación del suelo afectado por el mismo.

Decíamos en dicho recurso: “...*La mencionada sentencia, aplicable al presente caso por ser idéntico al resuelto en aquella, establecía lo siguiente: «En el caso ahora analizado, la doctrina correcta sobre la clasificación del suelo expropiado a efectos de su valoración es la mantenida por la Sentencia de contraste. La razón fundamental expuesta en el pasaje transcrito de la sentencia de 17 de febrero de 2010 es que, el solo hecho de la aprobación de un Proyecto Supramunicipal no determina por sí un cambio en la clasificación del suelo.*

*Esta clasificación del suelo, según lo dispuesto en la propia normativa urbanística a la que se remite la Sentencia, es una cuestión que debe ser ordenada por el Plan General de Ordenación del Municipio o, en este caso, por la Modificación Aislada del PGOU de 28 de abril de 2005, que precisamente cambia la clasificación del suelo a no urbanizable genérico, teniendo en cuenta que esta zona se desarrollará mediante un Proyecto Supramunicipal. El hecho de que mediante un Proyecto Supramunicipal se autorice la ejecución de obras de urbanización en suelo no urbanizable genérico o urbanizable no delimitado no lo convierte directamente en suelo urbanizable delimitado o urbano, sin perjuicio de que a efectos valorativos y de conformidad con el específico destino dado a los terrenos expropiados pudiera incrementarse el valor de los citados terrenos que el propio de no urbanizable.*

*De lo anterior se desprende que la premisa de la que parte la Sentencia recurrida, esto es, que la mera aprobación del Proyecto Supramunicipal cambia la clasificación inicial del suelo no urbanizable genérico, no puede ser aceptada en los términos citados, y ello deriva de la propia naturaleza de los Proyectos Supramunicipales, que no pueden sustituir al Plan General como instrumento de ordenación, por lo que no pueden clasificar suelo. También hemos de destacar que anteriormente a la aprobación del Proyecto Supramunicipal, se aprueba por el Ayuntamiento de Fraga, el Texto Refundido de la Modificación aislada del Plan General Municipal de Ordenación Urbana, clasificando a la zona en cuestión como suelo urbanizable no delimitado y suelo no urbanizable genérico, de lo que se desprende que este Proyecto Supramunicipal no altera la naturaleza del suelo determinada por la Modificación Aislada del Plan General, siendo precisamente el Proyecto Supramunicipal el instrumento necesario para producirse la declaración de interés supramunicipal que permite la expropiación de los terrenos y mediante el cual podrá autorizarse la urbanización.*

*Por todo ello, debe entenderse que debe valorarse el suelo, en atención a las solas circunstancias señaladas con anterioridad, conforme su clasificación urbanística de suelo no urbanizable genérico. Así, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina debe ser estimado, con la consiguiente anulación de la Sentencia impugnada”*

*(STS de 19 de diciembre de 2012. Sala 3ª, Secc. 6ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Trillo Alonso)*

(ROJ: STS 8583/2012. Nº Recurso: 1205/2010. <http://www.poderjudicial.es>)



# Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(\*)

## III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Protocolo de integración del personal de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de la Junta de Andalucía. Violación de principios de igualdad, publicidad y capacidad.

Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento especial de Protección de los Derechos Fundamentales, resolución de 20 de Abril de 2011 de la Secretaría General para la Administración Pública por la que se aprueba el protocolo de integración del personal en la agencia de servicios sociales y dependencia de Andalucía y que se condene a la Administración demandada a las costas causadas.

Argumenta la parte actora que la citada Agencia es consecuencia de la Ley 1/2011, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, y tras la modificación operada del artículo 71 de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía pasa a ser una agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54, 2, c) que realiza actividades señaladas en el artículo 65, 1 de la LAJA, es decir, aquellas de las constituidas para la ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería y de carácter administrativo si implican funciones que lleven aparejada el ejercicio de autoridad, y que están sometidas al Derecho Administrativo por regla general; Desde esta perspectiva se expone por la actora que la ley 1/2011 modifica la original redacción de la ley 9/2007 en sus artículos 68 y 69 que en cuanto a lo que aquí nos interesa consagra el régimen jurídico de las agencias empresariales en el apartado primero del indicado artículo 69 señalando que “1. Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra a) del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO ISERN.

tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.”

Estima la recurrente que dicha regulación conculca el principio de seguridad jurídica avalado por el art. 9.3 de la CE consagrando una regulación que se presta a confusión al determinar el régimen jurídico de estas Agencias al generar incertidumbre sobre cuando la agencia actúa bajo un régimen de derecho administrativo o de derecho privado.

Por otro lado considera que resulta vulnerado el principio de inamovilidad de los funcionarios públicos al señalar la ley 1/2011 que la integración de los funcionarios en la nueva Agencia creada será voluntaria, llevándose en su caso la integración como personal laboral y suponiendo tal integración la permanencia en su Cuerpo de origen como servicios en entidades del sector público Andaluz. Asimismo considera que, en cuanto que la Disposición Adicional Cuarta de la ley 1/2011 prevé que los funcionarios no integrados queden en la situación de servicio activo se conculca el principio de seguridad jurídica al no precisar bajo que régimen y en que puesto de trabajo.

Desde un punto de vista procedimental el recurrente argumenta dos reproches a la resolución impugnada. El primero de ellos es la referencia a que la resolución de que se trata es fruto de los Decretos Leyes 5/2011 y 6/2011 que afrontan la reordenación del sector Público Andaluz que desembocó finalmente en la ley 1/2011. En este sentido reprocha el recurrente que los referidos Decretos Leyes no responden a la situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilita esta figura normativa como fuente del Derecho de tal manera que los mismos vulnerarían el art. 86 de la CE. Asimismo y también desde un punto de vista procedimental estima que la resolución impugnada vulnera los artículos 28 y 37 de la Constitución y los arts 34.3 y 34.4 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007) al haberse producido con vulneración del derecho a la negociación colectiva por no haberse sometido a la Mesa Sectorial de la Negociación de la Función Pública.

Finalmente y de forma principal indica la actora que conforme a la ley 1/2011 y a la disposición adicional primera del decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía: “De conformidad con lo establecido en el artículo 19.2 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, la Agencia quedará subrogada en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que eran titulares la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación

Social”. Asimismo conforme a las disposiciones citadas y en particular la disposición adicional cuarta de la ley 1/2011 “el personal procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público”. Estima la actora que tal integración del personal laboral procedente de las entidades instrumentales, producida sin procedimiento selectivo alguno ni procedimiento de capacitación, implica la vulneración del principio de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas consagrado en el art. 23 y 103 de la CE y en el mismo Estatuto Básico del Empleado Público. Por tal razón invoca la vulneración del derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con infracción de los artículos 14 y 23. 2 de la Constitución, porque la integración establecida en la Disposición Adicional Tercera, supone que quienes han accedido a la función pública a través del sistema legalmente establecido y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, vean mermados sus derechos por la entrada de terceros ajenos a la función pública, ocasionando una perturbación ilegítima en el ejercicio del derecho al cargo con flagrante vulneración del derecho de igualdad en el acceso.

En primer lugar estima el recurrente que la resolución impugnada es fruto de los decretos leyes 5/2010 y 6/2010 los cuales debe considerarse que vulneran el art. 86 de la Constitución al no resultar acreditada la situación de extraordinaria y urgente necesidad que opera como título habilitante para que el ejecutivo pueda elaborar tales normas con fuerza de ley.

El recurso no puede ser estimado en este punto puesto que conforme recuerda el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 abril 2012 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 542/2010 debe señalarse que en estos supuestos se trata de constatar la efectiva excepcionalidad de la situación que el Decreto ley trata de atender mas que la impresibilidad de la misma.

“En cuanto a la alegada vulneración por el Real Decreto-Ley del artículo 86.1 CE el Tribunal Constitucional, en los autos 179 y 184/2011, ha convalidado el uso de un Real Decreto-Ley, confirmado

la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad, exigido por el artículo 86.1 de la Constitución, diciendo que: “(...) por lo que se refiere a las dudas del órgano judicial relativas al pretendido carácter no imprevisible o sobrevenido de la situación económica a la que el Real Decreto-ley 8/2010 trata de dar respuesta, baste señalar que, al margen de que nada impide, claro está, que una determinada situación extraordinaria que se hubiera producido en el pasado pueda volver a presentarse, demandando de nuevo –incluso con mayor motivo– una respuesta urgente mediante las medidas que se aprecien como necesarias, como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues ‘lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren’ (SSTC11/2002, de 17 de enero, FJ 6; y 68/2007, de 28 de marzo, FJ 8, por todas), que es justamente lo que resulta acreditado en el presente caso”.

En el supuesto de autos puede constatarse en la exposición de motivos de los Decretos leyes mencionados, que la situación que contemplan como habilitante es sustancialmente la misma a que hace referencia el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Así se indica expresamente que el Decreto ley se dicta “dando respuesta al Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas para el periodo 2010-2013, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera el 22 de marzo de 2010, a raíz de la Actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013”. Del mismo modo se indica que “El presente Decreto-Ley supone un paso más dentro de este proceso, dando respuesta al Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas para el periodo 2010-2013, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera el 22 de marzo de 2010, a raíz de la Actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013”. Ello supone que, tratando el Decreto ley mencionado de ofrecer respuesta a la existente y patente crisis económica y su efecto reflejo sobre las finanzas públicas, debe entenderse que resulta legítimo el uso de tal figura normativa del Decreto ley para tratar de ofrecer soluciones a la situación expuesta.

Por otro lado y también desde el punto de vista procedimental el recurrente considera vulnera el derecho a la negociación y en particular los artículos 28 y 37 de la Constitución y los arts 34.3 y 34.4 del Estatuto Básico del Empleado Público (ley 7/2007) al haberse producido con vulneración del derecho a la negociación colectiva por no haberse sometido a la Mesa Sectorial de la Negociación de la Función Pública. A dicho motivo de impugnación la Administración demandada contesta destacando que la resolución impugnada no procede a regular o modificar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos sino que tiene por objeto cuestiones organizativas de la Administración excluidas, conforme al art. 37 del Estatuto Básico del Empleado Público, de la negociación colectiva.

Planteada la cuestión citada la Sala considera que, partiendo del contenido de la resolución cuestionada y considerando que conforme a la misma y con fundamento en la disposición adicional cuarta de la ley 1/2011 debemos destacar que efectivamente la misma no afronta directamente la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos por cuanto, a través de ella se regula la integración del diferente personal que pasara a prestar sus servicios en la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de la Junta de Andalucía como cuestión enmarcada en la reordenación institucional de la Administración, reuniendo pues un carácter general y eminentemente organizativo, al ser consecuencia precisamente de la creación del ente instrumental citado a través de la ley 1/2011 y del Decreto de Creación de la Agencia Andaluza de Servicios Sociales. En este sentido, previendo tanto la ley habilitante como el mismo protocolo impugnado, la integración voluntaria del personal funcionario en el ente creado y la continuidad del personal funcionario no integrado en la situación de servicio activo en la Administración General de procedencia, no se aprecia en la resolución impugnada una efectiva regulación de las condiciones de trabajo que imponga la negociación de su contenido en la Mesa Sectorial de la Función Pública, en la medida que de las disposiciones de la resolución impugnado no se infiere una modificación de las condiciones de trabajo del personal afectado. Así se deduce de las previsiones del Protocolo de integración impugnado cuando indica en la regla primera del protocolo de integración que “Al personal funcionario que se adscriba funcionalmente a la Agencia le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía”. Del mismo modo en la regla quinta de dicho protocolo se señala: “Condiciones de trabajo. El personal funcionario adscrito se registrará por la normativa aplicable en materia de función pública, así como por lo

establecido en esta materia en el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía”. Esta línea de exigencia de afectación efectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios como presupuesto para exigir el sometimiento a la negociación colectiva de las decisiones y reglamentos de la Administración resulta asimismo avalada por el TS en sentencia de 28 septiembre 2012 dictada en el recurso de Casación núm. 190/2011 cuando con ocasión de la impugnación de determinados decretos de ampliación de traspasos destaca la ausencia en la modificación de las condiciones de trabajo y la existencia de una mera subrogación en la Administración para la que se prestan los servicios de tal manera que indica “no hay propiamente modificación de las condiciones laborales que deba ser sometida a la previa negociación colectiva sino mero cambio o subrogación de una Administración (la del Estado) por otra (la de la Comunidad Autónoma) respecto del funcionario que pasa a depender de ésta última”.

Aún partiendo de los parámetros expuestos y aún considerando que el hecho de que por la propia Administración se sometiese la resolución impugnada a la Mesa General de Negociación, habilita para considerar que la misma, afectando no a las condiciones de trabajo de los funcionarios pero si a los sistemas de acceso a la función pública debería ser sometida al proceso de negociación colectiva, el reproche que se realiza por la actora es no haber sometido el protocolo impugnado a la Mesa Sectorial de Negociación y en este aspecto la Sala debe mostrar su desacuerdo con la tesis de la actora. Así según vemos el protocolo impugnado reúne una vertiente general afectando no solo al personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía sino también y principalmente al personal laboral de la Agencia con el cual precisamente el personal proveniente de los entes institucionales extinguidos pasaran a desempeñar conjuntamente las funciones asignadas a la nueva agencia creada compitiendo incluso por los puestos de trabajo asignados al personal laboral. De esta manera atendiendo al objeto General o transversal del protocolo impugnado respecto de la globalidad del personal, funcionario o laboral, que presta sus servicios para la Agencia creada, resulta suficientemente justificada que la negociación colectiva se produzca en el seno de la Mesa General de Negociación contemplada en el art. 33 de la ley 7/2007. También en este aspecto siendo las Mesas Sectoriales de creación potestativa conforme al art. 34.4 la parte actora ni justifica la creación de la misma ni la representatividad del sindicato recurrente en su ámbito.

Finalmente respecto de este punto no puede dejarse de señalar que,

también en esta materia y en el caso del Decreto de creación de la Agencia de servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, se ha pronunciado la Sala del TSJA con sede en Málaga en **Sentencia núm. 425/2012 de 27 febrero** dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 896/2011 con razonamientos que, compartidos por esta Sala se transcriben. Indicaba así la sentencia dictada por la Sala de Málaga.

“Entrando a conocer de los motivos alegados la parte recurrente y visto que acerca de los mismos esta Sala se ha pronunciado en la sentencia dictada en el recurso 546/11 en el que se discutía a través del recurso ordinario acerca de la legalidad del Decreto que en la actualidad se recurre por la vía procedimental de la protección de los hechos fundamentales, no cabe sino reproducir; lo razonado en dicha resolución que no es sino: Entrando así a conocer acerca del tercero de los motivos aducidos por la parte recurrente, visto el contenido procedimental del mismo y que según quedó dicho entraba en entender que se ha prescindido de un trámite insoslayable cual es el de la Negociación en la Mesa Sectorial de la que forma parte, limitándose su actuación a un trámite de audiencia que no puede ser equiparado al de negociación, el mismo no puede ser acogido y ello por cuanto que al disponer el art. 33.2 de la Ley 7/07, Estatuto Básico del Empleado Público, que constituirán las Mesas de Negociación y estarán legitimadas para estar presentes entre otras y por lo que al caso importa,” las Organizaciones Sindicales mas representativas a nivel estatal, las Organizaciones Sindicales mas representativas de las Comunidades Autónomas, así como los Sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o mas de los representantes en las elecciones para Delegados y Junta de Personal en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución”, y visto que al respecto la recurrente se limita a afirmar que es el sindicato mas representativo, sin acreditar al respecto que supere los límites establecidos al respecto, no puede sino concluirse lo anunciado, sin que pueda argüirse que el ámbito de la negociación eventualmente era por un lado la Mesa Sectorial de Negociación y por otro la Comisión del VI Convenio Colectivo de Personal Laboral de la Junta de Andalucía, pues no solo la cuestión a negociar es propia de la Mesa General y no Sectorial, sino que además, estas últimas, en conformidad a lo establecido en el art. 34 párrafos 4º y 5º de la ley 7/07 citada se constituyen por acuerdo de las Mesas Generales a la par que sus competencias se extienden a temas comunes a los funcionarios del sector que hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o a los que ésta expresamente les reenvíe o delegue, lo que

no consta que concurra en el actual caso, siendo así que al haber intervenido en la Mesa General de Negociación las tres centrales sindicales mas representativas, quedó cubierta la exigencia establecida en el art. 33 mencionado, por lo que el motivo ha de decaer.”

Respecto al fondo, del litigio alega la actora que es la Ley 9/2007 de 22 de octubre, modificada por la Ley 1/2011, la que atribuye el ejercicio de potestades públicas a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía, haciéndolo de forma confusa al modificar el art. 68.1 b) y 69 de la ley 9/2007. Tales preceptos señalan:

“Las agencias públicas empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de estas. Las agencias públicas empresariales pueden ser de dos tipos:

a (...)

b) Aquellas que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, y en el marco de la planificación y dirección de estas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado.”

“Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra b) del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera.”

En dichos términos se afronta la regulación de las agencias públicas empresariales en cuanto al régimen jurídico de las mismas en términos similares a la LOFAGE cuando la misma dispuso la regulación de los organismos

En relación a esta materia de impugnación no encuentra la Sala reproche alguno en relación a los vicios de denunciados. En primer lugar porque tales vicios resultan completamente ajenos a la disposición im-

pugnada ya que se refieren al régimen jurídico propio de la Agencia de Dependencia y servicios sociales creada por Decreto 101/2010, mientras que la resolución impugnada tiene por objeto la integración del personal que va a prestar su servicio en la indicada agencia de tal forma que en nada incide el régimen derecho público o privado al que deberá someter su actuación respecto a la forma en que se efectuará la integración del personal que desarrollará sus servicios en la misma. Aún entrando en el fondo del asunto debe señalarse que la configuración del régimen jurídico de la denominada Administración instrumental y la admisión de entes públicos por su forma de personificación que someten su régimen de actuación parcialmente al derecho privado, aparece admitida por la LOFAGE cuando distinguió el régimen jurídico de los Organismos públicos, distinguiendo entre organismos autónomos y entidades públicas empresariales (y tras la ley 28/2007 (as Agencias Estatales). Aún cabe añadir las sociedades anónimas en cuyo capital sea mayoritaria la participación de un ente público contempladas en la disposición adicional duodécima de la LOFAGE. Tanto en las entidades públicas empresariales como en las indicadas sociedades se aprecia un sometimiento al menos parcial al derecho privado y ello, si bien ha sido criticado doctrinalmente y aún jurisprudencialmente por suponer una huida del derecho administrativo, no ha dejado de resultar admitido por los operadores jurídicos, sin que, y esto es lo relevante, se aprecie por ello inseguridad jurídica alguna, puesto que aún mediante el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, la ley define en sus líneas maestras el régimen jurídico de los entes de que se trata. Por otra parte, y por lo que hace al núcleo del litigio, manifiesta que no existe la desigualdad denunciada por no ser idénticos los términos de comparación, ni pretenderse en el Decreto el acceso de personal privado a la condición de empleo público de forma subrepticia, ya que en la propia Disposición Adicional exige, que para acceder a la situación de funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía deben superar pruebas de acceso libre. No existe por tanto acceso a la condición de empleado público o funcionarización encubierta, sino mero cumplimiento de las normas de Derecho Laboral por sucesión de empresas, y la subrogación de la Agencia que son aplicables al personal de la desaparecida Empresa Pública Desarrollo Agrario y pesquero SA. Por último considera, que la creación de la Agencia trae causa de la Potestad de Autoorganización que tiene la Administración para reordenar el sector público y que el Decreto 99/2011 (LAN 2011,167) se limita a desarrollar la Ley 1/2011 dictada para tal finalidad, de ahí que cuestione la competencia de este Tribunal para

enjuiciar la Ley, atribuida en exclusiva al Tribunal Constitucional, que de hecho ya ha admitido a trámite una cuestión de inconstitucionalidad.

Por otro lado destaca la actora la vulneración del derecho de inamovilidad de los funcionarios al determinarse que los puestos de trabajo hasta ahora ocupados por ellos en la Administración General pasaran a integrarse entre las funciones de la Agencia de Dependencia y Servicios Sociales. En este particular conviene destacar que como reiteradamente han declarado tanto el TS como el TC dada la condición estatutaria del régimen jurídico de los funcionarios públicos el régimen jurídico al que estos se someten será el determinado en cada caso por el ordenamiento jurídico de tal forma que no existe el derecho del funcionario a la congelación del régimen jurídico que le resulta aplicable. Así y relacionado en lo anterior debe señalarse que la Administración pública en virtud de la potestad de autoorganización posee la potestad de determinar sus propias estructuras manteniendo alterando, modificando o suprimiendo determinadas unidades y órganos administrativos. Desde este punto de vista cabe traer a colación la Sentencia de 14-1-2011 dictada por la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, (Valladolid), en la que, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, viene a decir que: “En particular, ha declarado el Tribunal Supremo que no se integra en el elenco de derechos adquiridos por los funcionarios, en cuanto opuesto al fin para el que se otorga aquella potestad de autoorganización”, el mantenimiento inalterable de las unidades administrativas en algún momento diseñadas, su organización, o su integración en el seno de la Administración” (STS 3, SEC. 3, de 17 de febrero de 1997), y ello porque, como expresa la STS 3, Sec. 3, de 12 de marzo de 1999 EDJ1990/2746,” la Administración tiene una “potestas variandi” de la normativa legal y reglamentaria que ejercita lícitamente cuando así lo aconsejan o demandan las cambiantes circunstancias de su actividad para una mejor organización de las estructuras necesarias para el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes del individuo en sociedad o de los servicios públicos establecidos con ese fin, pues sostener lo contrario equivaldría –en los términos de las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio o 6/1983, de 4 de febrero– a “petrificar” la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inamovilidad que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento. Como consecuencia de esta facultad de cambiar la organización administrativa, el funcionario público no tiene un derecho adquirido frente a la Ley

que pueda oponer a la nueva organización establecida por la respectiva norma legal o estatutaria, ello sin perjuicio de los derechos que la propia Ley les reconoce relativos a su categoría administrativa, a su inmovilidad de residencia y al sueldo consignado en los presupuestos...”. La situación del funcionario lo que exige es que integrado el mismo en la Administración la supresión de el puesto de trabajo que ostente no suponga una merma de los derechos a su vez reconocidos por la ley, esto es de su Carrera Administrativa. A tal efecto no cabe apreciar vulneración alguna en la resolución impugnada puesto que prevé la situación de incorporación del personal funcionario a la Agencia, previendo que ante esta situación el funcionario integrado en la Agencia permanecerá en la Administración de origen en la situación de servicios en el sector siendo la misma voluntaria y por otro lado respecto de aquellos que no se integren tanto el protocolo de integración impugnado, como la misma ley 1/2011 prevén su permanencia en el servicio activo lo que supondría en su caso la reasignación de un puesto de trabajo en las condiciones previstas por el Estatuto Básico y sus disposiciones de desarrollo previstas por el art. 8.1 b) del mismo.

Por tanto ninguna vulneración de los derechos funcionariales cabe apreciar desde este punto de vista en la disposición impugnada teniendo en cuenta asimismo la contundencia de la previsión contenida en la disposición adicional cuarta de la ley 1/2011 cuando indica que en todo caso se reservaran a los funcionarios públicos el ejercicio de potestades públicas y consecuentemente los puestos de trabajo de las Agencias que impliquen el ejercicio de tales potestades.

En último lugar queda por examinar la vulneración por la resolución impugnada de los derechos consagrados en los arts 14 y 23.2 de la Constitución y de los principios de mérito y capacidad constitucionalmente consagrados y asumidos por el Estatuto Básico del Empleado Público.

Respecto de esta cuestión, conviene recordar la Doctrina Constitucional sobre el artículo 23.2 de la Constitución (RCL 1978,2836) y las pruebas selectivas para acceso a la función pública. Así, en su sentencia de 18 de abril de 1989 (RTC 1989, 67) –entre otras– ha declarado que el derecho de igualdad de quienes concurren en turno libre, ha de ponerse en conexión con el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del artículo 23.2 de la Constitución, puesto que, como ya ha declarado en muy diversas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 86/1987 de 2 junio (RTC 1987, 86), este último derecho es una especificación del principio de igualdad ante la ley, formulado por el artículo 14 de la Constitución, por lo que en caso del acceso a las fun-

ciones públicas, y cuando no esté en juego ninguna de las circunstancias específicas cuya discriminación veda el artículo 14, es dicho artículo 23.2 el que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto impugnado ha desconocido el principio de igualdad.

El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución y referido a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, si bien esta libertad aparece limitada por la necesidad de no crear desigualdades que resulten arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad enunciados.

Como se dijo en la STC 302/1993 (RTC 1993,302), la solución no podía ser otra, puesto que el citado artículo 23.2 de la Constitución determina, en primer lugar, una libertad de acceso de los ciudadanos a dichas funciones públicas, que sólo puede ser exceptuada por muy excepcionales razones objetivas. Y se afirma el carácter excepcional de los sistemas que no sean de libre acceso respecto a quienes no tengan relación funcional alguna. De ahí que se otorgue un derecho reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad.

Así como recoge la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de Sevilla de este mismo Tribunal de Justicia de fecha 2 de noviembre de 2011, dictada en asunto semejante, y aplicando los criterios allí establecidos que compartimos, en efecto la tan citada Disposición Adicional Tercera quiebra dicha igualdad, porque al integrar directamente al personal procedente de las fundaciones y entidades extinguidas, en la Agencia Pública Empresarial, pasa a formar parte de ella como personal laboral de la Agencia, y por tanto entra en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2007, 768) (artículo 2.1 –personal de las Agencias–), pero claro está sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución, en el Estatuto Básico, en la Ley de Reordenación (art. 70) y en el propio Decreto impugnado en cuyos Estatutos se establece para su personal, un sistema de selección que respetará los principios de publicidad, mérito y capacidad. Ello supone más que una huida del derecho administrativo (como declaraba la STS 29-11-2009, que estimó la nulidad del Decreto que aprobaba los estatutos de E.G.M.A.S.A.), un des-

precio al Estado de Derecho, porque el propio Estatuto Básico, reconociendo en su Exposición de Motivos esa tendencia de las Administraciones Públicas a la contratación de personal laboral, integra en un único cuerpo legal básico las normas principales que se aplican a los empleados públicos sean funcionarios o personal laboral y esas normas principales como afirma el Ministerio Fiscal, fiel trasunto del artículo 23.2 han sido infringidas en el presente caso, porque todos los trabajadores que se integran como personal laboral de la Agencia han eludido el acceso por esos principios de igualdad, mérito y capacidad.

Igualmente siguiendo la misma sentencia anteriormente citada, nada que objetar desde luego, a la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores que obliga a la Agencia a subrogarse en derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo de este personal, pero una cosa es la subrogación empresarial de las normas laborales y otra bien distinta la integración, con las consecuencias apuntadas, que convierte a este personal automáticamente en personal laboral de la Agencia con acceso directo a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía. Se vulnera así, por dicha Disposición Adicional, el art. 23.2 de la Constitución que se refiere al acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas, que forma parte del contenido esencial de este derecho fundamental, y que es indisponible para el Órgano de Gobierno que aprueba el Decreto. También se vulnera el artículo 14 de la Constitución, respecto a terceros ciudadanos en general a los que no se les va a permitir el acceso privilegiado por integración, reservado en exclusiva a quienes trabajaban en el extinto Instituto en virtud de un régimen legal privado.

Partiendo de las referidas posiciones, el expuesto argumento merece ser profundizado, así de una parte el principio de subrogación en las relaciones jurídicas laborales insertas en la entidades extinguidas no resulta incompatible con la exigencia del pleno respecto a los principios de mérito y capacidad. Así lo que se Juzga improcedente es la integración de plano o en bloque de aquél personal laboral en el empleo público es decir en la condición de empleado laboral para la Administración. En este punto destaca que conforme al art. 8 del Estatuto básico del empleado público el personal que presta sus servicios para la Administración se clasifica en:

Funcionarios de carrera.

Funcionarios interinos.

Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.

Personal eventual.

De esta forma la integración del personal laboral procedente de las en-

tidades extinguidas no se produce sino como personal laboral sometido al Estatuto Básico del Empleado Público, norma que tiene el carácter de Básico, de manera que no cabe hablar de una categoría especial como sería el personal laboral que procedente de la aplicación del art. 44 del Estatuto de los trabajadores, es decir por razón de sucesión de empresas, resultase sometido a la regulación propia del Estatuto de los trabajadores y Convenios Colectivos de aplicación. Tal posibilidad resulta descartada pues no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico.

De conformidad con tales postulados el acceso a la condición de empleado público sin superación de proceso selectivo alguno, directamente por razón de la subrogación pretendida no puede juzgarse conforme a derecho pues ello es una consecuencia que excede de tal subrogación prevista en el art. 44 del Estatuto de los trabajadores. No resulta posible por razón de la subrogación indicada la atribución directa de la condición de empleado público. Tal solución desconoce absolutamente la existencia del derecho administrativo, su especialidad respecto del derecho privado, e implica la traslación sin más de previsiones propias de la legislación laboral a la regulación del empleo público y portante al régimen de las Administraciones públicas. Así resulta posible la conciliación de ambos principios, de un lado el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público de otro, de tal manera que partiendo de la subrogación expuesta se impongan pruebas de aptitud a los trabajadores que vinculados con las entidades extinguidas, pretendan el acceso al empleo público, y acudiendo a las vías ofrecidas por la legislación laboral para la extinción en su caso de la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen las pruebas de aptitud requeridas para el acceso al empleo público, pues extinguir sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación en las mismas de la Junta de Andalucía pues la Administración desde luego no puede desentenderse sin más de tales trabajadores, pero ello tampoco puede suponer el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo público para aquellos que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata.

Aún cabe invocar otro argumento distinto en relación con los denominados procesos de funcionarización motivados por la existencia de personal laboral que desempeñaba funciones que pasen a ser propias de Cuerpos o Escalas de Funcionarios. Tales situaciones, realmente excepcionales como sucede en el caso que nos ocupa, motivaron una co-

piosa jurisprudencia tanto del TS como del TC en relación a la posibilidad de creación de pruebas específicas de acceso dirigidas de forma restringida al personal que se encontrase en tal situación, sirviendo de ejemplo la STC 27/91 en la que se analizan tales procesos restringidos de selección y su compatibilidad con los principios plasmados en el art. 23.2 de la CE. Pero aún en tales supuestos y contemplando su especialidad, lo discutido era, insistimos la procedencia de establecer procesos restringidos de acceso (admitidos por el TC mediando disposición expresa de ley), pero no, como en el caso que nos ocupa, la integración en el empleo público directa y sin consideración alguna a los principios de mérito y capacidad.

Por último, no desconoce esta Sala la cuestión relativa a la misma inconstitucionalidad de la ley 1/2011 pues esta ley es la que prevé la integración del personal laboral de las entidades a extinguir por la vía de la sucesión de empresas del art. 44 del Estatuto de los trabajadores. Ahora bien a juicio de la Sala resulta posible la resolución del presente litigio sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el art. 163 de la CE, y ello por dos razones diversas.

La primera en cuanto que si bien la Ley crea la Agencia dentro de la Reordenación del Sector Público Andaluz y define su régimen jurídico, e incluso prevé la subrogación de la Administración en las relaciones laborales es la resolución impugnada la que regla y materializa la integración del personal como empleado público directamente y sin prueba de aptitud alguna, y como consecuencia de esa infracción, se vulneran los derechos y principios constitucionales invocados por los recurrentes. Ello por cuanto según hemos expuesto no es lo mismo la subrogación en las relaciones laborales, la cual no se rechaza pues según dijimos la Administración que extingue las entidades no puede desentenderse de los trabajadores de las mismas, que la atribución directa de la condición de empleado público. En este sentido la subrogación indicada es el punto de partida sobre el que la Administración podría determinar las pruebas de aptitud que con la excepcionalidad de la base sobre la que se opera, esto es la subrogación indicada, garantice en todo caso el respeto al principio de mérito y capacidad, Sin embargo no es esta la línea seguida por la resolución impugnada, sino que la misma va mas allá de lo indicado por la ley, al integrar al personal citado como empleado público sin preveer prueba de aptitud alguna. De esta manera la resolución impugnada hace que la subrogación no sea el punto e partida desde el que operar para garantizar los principio de mérito y capacidad, sino que hace de tal subrogación el único parámetro al que acudir para determinar el acceso al empleo público, y esa

opción, propia de la resolución impugnada, es la que se considera contraria a derecho. Por ello en el actual litigio, no es necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Ley 1/2011, ya que conforme al artículo 35 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional de su validez no depende este fallo.

También desde otro punto de vista resulta innecesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Así los principios de mérito y capacidad resultan directamente del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 55.1) norma estatal Básica que se impone como tal a la ordenación que sobre el sector público puedan promulgar las diferentes Administraciones. De esta manera resultando tal principio de mérito y capacidad de la legislación básica del Estado queda precluida o cerrada para las Comunidades Autónomas de tal forma que la regulación autonómica que incluso siendo de rango legal resulte contraria a tales postulados básicos resulta inaplicable sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por cuanto se vulnera no la constitución sino la norma básica del Estado que como indicamos crea un primer círculo de ordenación cerrado o precluido a la legislación autonómica. De esta forma la resolución impugnada y más concretamente la previsión que la ampararía (a los efectos puramente dialécticos según lo expuesto en el párrafo anterior) resultarían inaplicables en la medida que vulneran la legislación básica del Estado.

En consecuencia, consta la quiebra del principio de igualdad y vulnerando el derecho de acceso en condiciones de igualdad, conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad, establecido en la Constitución, debe acogerse la petición esgrimida en el suplico de la demanda en relación a la declaración de nulidad de la resolución impugnada.

*(St. de 29 de octubre de 2012. Sala de Granada. Ponente Muñoz Cortés (Esta sentencia es repetida en el supuesto de integración de personal de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía; St. de la misma fecha).*

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sancciones por indebida autoliquidación del Impuesto de Sociedades. Anulación parcial del Acuerdo del TEAR. Procedencia de minoración del tipo de sociedades pequeñas. Cómputo de existencias finales.

Mediante la resolución impugnada el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía desestimó en su integridad la reclama-

ción interpuesta por la entidad actora frente a la resolución de 19 de enero de 2007, de la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Andalucía, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que acordó imponer a aquella dos sanciones de multa, una por importe reducido de 56.795,57 euros y otra por el de 15.289,02 euros, por la comisión de sendas infracciones clasificadas como graves, consistentes respectivamente en dejar de ingresar dentro del plazo establecido la deuda tributaria que debiera resultar de su correcta autoliquidación, y en la determinación o acreditación improcedente de partidas a compensar o deducir en la cuota de declaraciones futuras. Concretamente, la primera infracción se habría cometido al haberse consignado como gasto en la autoliquidación del ejercicio 2004 del Impuesto sobre Sociedades, la partida de 121.881,31 euros, abonada a los proveedores de cierta mercantil, contratista principal de la recurrente, cuando, según la Administración, esa cantidad ya habría quedado comprendida en la liquidación final realizada con motivo de la quiebra de aquella mercantil.

La segunda infracción se basa en la determinación por la actora al cierre del ejercicio 2004, de unas existencias finales superiores en 145.609,75 euros a las procedentes.

En cuanto a aquella primera imputación, basada en la deducción como gasto de la citada partida, lo cierto es que, como afirma la Administración dicho concepto debió considerarse incluido en la liquidación final realizada con motivo de la quiebra de la contratista de la recurrente, de modo que su consideración por la actora como tal gasto supuso su indebida duplicación.

Frente a todo ello, la entidad actora alega la posibilidad del pago por cuenta de un tercero, que el artículo 1158 CC autoriza al prever el posible pago por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.”, añadiendo a ello que el pago de tales cantidades se produjo como mayor coste de la obra contratada, con la finalidad de su finalización efectiva.

Sin embargo y a falta de una mayor especificación, la Sala no puede sino asumir el sentido de la respuesta ofrecida en sede administrativa, que parte de aquella inclusión del gasto en la liquidación de la empresa contratista quebrada, extremo en ningún momento ha negado la recurrente, quien tampoco ha desarrollado actividad probatoria en tal sentido ni ha rechazado la realidad de la circunstancia, apreciada por el Inspector actuante, sobre la inexistencia de factura real ni repercusión de IVA alguno en la realización de tales pagos.

Por tanto, nada de lo alegado por la actora en este aspecto puede merecer favorable acogida.

Se queja también la recurrente respecto del cálculo de la base de esta primera la sanción, que la Administración determinó por la aplicación del tipo del 35 por ciento sobre la base imponible del Impuesto, en lugar de atender en este aspecto a los tipos en parte inferiores contemplados para las entidades de reducida dimensión por el artículo 127.bis de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre Sociedades, como ocurriría con la actora al no superar para el ejercicio anterior al considerado, es decir, el año 2003, la cifra mínima de negocios contemplada por el artículo 122 de la misma Ley, alegación que sí debe ser acogida a la vista del propio contenido de la declaración del ejercicio que se trata, es decir, el de 2004, que aun cuando acogió expresamente el tratamiento de gran empresa (casilla 023), aplicando el tipo general (casilla 558), mostraba claramente la insuficiencia a tal fin de aquella cifra de negocios, autorizando la aplicación del régimen especial, que por lo tanto, a pesar de la conformidad que la actora prestó a las liquidaciones practicadas, que no puede impedir la impugnación en toda su plenitud del acto sancionador, debe ser considerado a la hora de determinar el importe de la sanción a imponer.

Ello, sobre todo, atendido especialmente la necesidad de rechazar interpretaciones o aplicaciones extensivas de las normas sancionadoras desfavorables al sancionado, que la doctrina constitucional tiene reiteradamente asumida, según puede verse en la STC 127/2001, que tras referirse a la garantía de certeza que sostiene el principio de legalidad penal y sancionadora, deriva de dicha garantía la prohibición para los aplicadores de la norma de una “...interpretación extensiva y la analogía “in malam partem” (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; AATC 3/1993, de 11 de enero, FJ 1; 72/1993, de 1 de marzo, FJ 1), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, cu contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; AATC 263/1995, de 27 de septiembre; 282/1995, de 23 de octubre)...”. Entiende el Tribunal que “...cabe hablar de aplicación ana-

lógica o extensiva “in malam partem”, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11)...”.

Por ello, aunque tal vez por error la recurrente no acogió aquel otro régimen tributario, lo cierto es que, según muestran los datos de los que la Sala dispone, que la Administración no ha puesto en cuestión, aquélla pudo acogerse a dicho tratamiento más beneficioso, lo que, consecuentemente, hace obligado asimismo su asunción a estos efectos sancionadores que ahora se trata, y ello como resultado interpretativo más favorable al afectado por el ejercicio del Derecho punitivo.

En este punto, pues, el recurso debe ser estimado.

La segunda de las sanciones impuestas a la recurrente, lo fue con fundamento en el artículo 195.1 de la Ley General Tributaria, es decir, por determinación o acreditación improcedente de “..partidas positivas o negativas o créditos tributarios a compensar o deducir en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros..”, tipo este que la demanda no considera aplicable en el supuesto contemplado, en el que se castigó la determinación por la actora al cierre del ejercicio 2004, de unas existencia finales superiores en 145.609,75 euros a las procedentes. Con ello, para el ejercicio siguiente, se habrían incrementado indebidamente las existencias iniciales, que, como es sabido, sumadas a los gastos por compras, menos las existencias finales, conforman los gastos de explotación, que a su vez, determinan el resultado contable y la base imponible del impuesto.

De esta forma, no puede decirse que también en este aspecto la Administración se haya excedido en la interpretación que merecen las normas sancionadoras desfavorables al afectado por su aplicación, ya que frente a lo propuesto por la representación actora, aquella indebida elevación de las existencias finales encaja sin esfuerzo en la determina-

ción de partidas tributarias a que se refiere la norma punitiva aplicada, la cual castiga sin más la determinación o acreditación de partidas positivas o negativas que se reservan para compensar o deducir en otros ejercicios, términos estos en los que pueden incardinarse sin esfuerzo aquellos elementos de la contabilidad de la entidad que como las existencias, sirven para conformar la base imponible y la cuota del impuesto del futuro ejercicio.

Se trata en efecto, de partidas de obligada consignación en la cuenta de resultados y con influencia decisiva en la determinación del rendimiento neto del ejercicio, al hacerse depender directamente de los gastos de explotación, como referidos sólo a los relacionados con las existencias empleadas en su producción. Por lo demás, puesto que, como afirma la Administración, las existencias finales se corresponden con las iniciales del período siguiente, las cantidades improcedentemente acreditadas supondrán un gasto que la actora habría de deducir en ejercicios futuros.

QUINTO. En consecuencia el recurso sólo puede ser parcialmente estimado en relación con la determinación de la base de la sanción impuesta de acuerdo con el artículo 191 LGT, debiendo desestimarse el recurso en el resto, y todo ello, al no aparecerse méritos suficientes, sin que se estime procedente emitir pronunciamiento expreso alguno sobre el pago de las costas causadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

*(St. de 10 de octubre de 2012. Sala de Sevilla. Ponente Hinojosa Martínez)*

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Valoración de terrenos expropiados para sistema generales de ámbito supra-municipal. Régimen jurídico.

La Comisión Provincial de valoraciones fija el Justiprecio de la parcela, expropiada, como hemos dicho, para la realización del proyecto 2-SE-0171 “variante de las Cabezas de San Juan en la carretera A-471”, de acuerdo con el siguiente detalle:

2,9497 has. labor de regadío x 29.817€/ha.	87.951,20 €
Pérdida cosecha 2,9497 ha x 2000 €/ha.	5.899,40 €
División de finca	35.938,13 €
Servidumbre Indemnización por reposición riego	4.500,00 €

Afección 5% s/ 87.951,20 €	4.397,30 €
TOTAL	138.686,30 €

La Comisión, para su valoración, parte de la clasificación del suelo como no urbanizable, y considera aplicable la Ley 6/1998, acudiendo al método de comparación teniendo en cuenta como datos de comparación el resultante de la “Encuesta Oficial de Precios de la Tierra” del año 2006.

En sustancia la pretensión de la actora sobre aumento del valor de expropiación se funda en conocida doctrina del Tribunal Supremo acerca de los casos de valoración de terrenos expropiados para sistemas generales de ámbito supramunicipal (sobre todo a raíz de las expropiaciones relacionadas con servicios del Aeropuerto de Barajas), sin embargo, como hemos dicho en numerosas ocasiones, esa doctrina, aparte de referirse al TR de la Ley del Suelo de 1976, ha sido ampliamente matizada por el propio Tribunal, excluyendo los sistemas generales de ámbito supramunicipal, limitándola a aquellos sistemas destinados a hacer ciudad en el sentido de integrarse en la malla urbana y previstos por el planeamiento en ejecución del mismo. Lo que no ocurre con una carretera destinada precisamente a excluir el tráfico del viario urbano y que se constituye como una barrera para el crecimiento de la ciudad.

Pero, antes que nada habrá que decidir la cuestión de la norma aplicable al haber entrado en vigor la Ley 8/2007, de suelo.

Sobre ello ya nos hemos pronunciado en alguna ocasión, como en sentencia de 23 de diciembre de 2010, que puso fin al recurso 1302/2008. Y, como dijimos allí:

“Con carácter previo, hemos de examinar la cuestión de la norma aplicable, por razón del tiempo, a la valoración que aquí nos ocupa. Para ello es preciso determinar el sentido de la disposición transitoria tercera, punto 1, de la Ley 8/2007, a cuyo tenor: *Las reglas de valoración contenidas en esta Ley serán aplicables en todos los expedientes incluidos en su ámbito material de aplicación que se inicien a partir de su entrada en vigor.*

“Ciertamente, tal texto suscita dudas acerca del momento a que debe referirse tal previsión: al inicio del expediente expropiatorio (aprobación de la relación de bienes y derechos), al inicio del expediente de justiprecio o a la fecha en que se adopta el acuerdo de valoración. La Ley 8/90, pese a algunas dudas, se refería, en el sistema de expropiación, a la fecha de inicio del expediente expropiatorio, a la aprobación de la relación de bienes y derechos. La Ley 6/1998, dejaba en claro que la fecha a tener en cuenta era la de la fijación del justiprecio. En la Ley 8/2007, no se hacen referencias concretas. Pero el punto uno transcrito

de la disposición transitoria tercera de la Ley 8/2007, no precisa el momento, dentro del procedimiento de expropiación al que habrá que estar para la aplicación de la nueva norma. Sin embargo, poniendo en relación el texto transcrito con el punto segundo de la misma disposición transitoria, podemos concluir que la fecha a tener en cuenta es la de aquella a la que deba referirse la valoración. Es decir, conforme al artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, al inicio del expediente de justiprecio: a la fecha del requerimiento para la presentación de la hoja del justiprecio.

En consecuencia, hemos de coincidir con el técnico de la Administración en cuanto a la aplicabilidad de la Ley 8/2007, ya que el requerimiento aludido se produce el tres de septiembre de 2007, cuando ya estaba en vigor la Ley 8/2007.”

Si acudimos a los antecedentes legislativos, vemos como por parte del Grupo Parlamentario Catalán se intenta poner de manifiesto las dudas que se podían suscitar con relación a los expedientes expropiatorios iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley, por lo que propone una enmienda, la 224 del índice de enmiendas, de introducción de una nueva disposición transitoria que recogiera un régimen parecido al de la Ley 6/1998. Sin embargo la enmienda no fue aprobada.

En consecuencia, iniciado el expediente de justiprecio a finales de 2008, cuando ya estaba en vigor la Ley 8/2007, será ésta de plena aplicación.

Podría planearse si, de acuerdo con la doctrina que hacen valer las expropiadas su suelo puede considerarse incluidos en algún ámbito de desarrollo a efectos de la aplicación del número dos de la disposición transitoria tercera de la Ley. Sin embargo la Ley es muy clara cuando se refiere a *suelo urbanizable incluido en ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo*; y, en nuestro caso la previsión del PGOU a la fecha a la que debe referirse la valoración no incluía el suelo expropiado en ámbito alguno de desarrollo, siendo la carretera, sistema general supramunicipal, que se convierte en límite para el crecimiento de la ciudad. Por tanto, no estaríamos ante el supuesto de la disposición transitoria tercera número dos de la Ley 8/2007.

Pero es más, como dijimos en sentencia de esta misma Sala y Sección de 24 de marzo de 2011, recaída en recurso 1343/2008, fundamento tercero:

*La expropiada muestra su disconformidad con la valoración del suelo expropiado en cuanto que, en primer lugar, discrepan de su clasificación urbanística a los efectos de valoración. Existe en la parte actora el entendimiento de que se debe valorar como*

urbanizable en la medida en ‘que la obra a ejecutar ha venido a estructurar, a fijar las funcionalidades básicas de las distintas áreas del conglomerado urbano de la ciudad de Alcalá de Guadaíra, reconociendo la peculiar potencialidad del conglomerado urbano que conforma en la realidad dicho municipio con los colindantes de Mairena y Viso del Alcor, todo ello según se recoge en el informe técnico de Arquitecto que acompañó con su hoja de aprecio y que justificaría que el justiprecio alcanzara la cifra de 1.377.802 €.

En cuanto a esta afirmación hay que indicar que, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3<sup>a</sup>, Sección 6<sup>a</sup>, de 14 de febrero de 2007, mencionando otras de esa Sala de 3 de diciembre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.003 “la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengán clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que en el supuesto de la vía de comunicación es predicable de aquéllas que integran el entramado urbano, pero no de las vías de comunicación interurbanas, pues lo contrario nos llevaría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las autopistas y carreteras nacionales en toda su extensión, con la posible excepción que se fija en las Sentencias de 22 de diciembre y 12 de octubre de 2.005, entre otras, en relación con la vía de comunicación de las grandes áreas metropolitanas, aun cuando afecten a términos municipales distintos, en que habrá que acreditar en cada caso concreto si responden a esa finalidad de crear ciudad.”

En el presente supuesto, en ningún caso nos consta acreditado que ese fin de crear ciudad se haya cumplido con la ejecución del proyecto de desdoblamiento de la A-392, entre la A-92 y la Variante de Mairena y el Viso del Alcor pues el planeamiento vigente a la fecha de valoración (FGOU de 1994), lo califica dentro de la red intercomarcal y no como integrada en la red viaria de interés municipal. Por dicha razón no figura esa previsión en el planeamiento y además el instrumento urbanístico clasificaba el terreno expropiado como suelo no urbanizable de uso común o rústico, alejándose con ello toda idea de creación de “malla urbana” o concepto equivalente.

Por lo demás, el que infraestructuras supramunicipales aparezcan en el planeamiento no las convierte en sistemas generales urbanos. Se trata simplemente de una exigencia del ordenamiento sectorial correspondiente o simple previsión en cuanto que tales infraestructuras han de condicionar el modelo territorial; pero no son sistemas generales exigidos por la ejecución del planeamiento. No deben confundirse, los sistemas que vienen bien a la ciudad, como cualquier sistema general, incluidos los supramunicipales, con los servicios que hacen ciudad, que se integran en la malla.

En consecuencia, siendo las mismas las razones que se hacen valer en la demanda, con las que, según parece, se pretende extender a la valoración de cualquier suelo expropiados para sistemas generales el

régimen del suelo urbanizable sectorizado, a lo dicho hemos de estar, por lo que procede desestimar el recurso en cuanto a la valoración como suelo urbanizable.

En este apartado, para completar las consideraciones anteriores, traemos a colación lo que hemos dicho en asunto sustancialmente idéntico al presente y finalizado por sentencia de fecha 16 de noviembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 232/2011) en el que indicábamos, respecto a la valoración de la documentación obrante en dicho recurso, que: *“desde luego, no cabe dar por resuelto el asunto por ese extrañero certificado del secretario del Ayuntamiento de las Cabezas que, no sabemos con qué competencia, ni jurídica ni técnica, a la vista de los planos de ordenación, concluye que la variante se contempla en el planeamiento como “elemento estructurante y vertebrador de la infraestructura viaria del municipio”*.

Despejado lo anterior vemos como la comisión yerra al considerar aplicable la Ley 6/1998, para lo que aplica el método de comparación acudiendo a la Encuesta Anual de Precios de la Tierra, lo que le lleva a aplicar el valor dicho.

Frente a ello, la vigente Ley de Suelo al margen de las clasificaciones que puedan resultar de la normativa urbanística aplicable, sólo distingue dos situaciones básicas del suelo: rural y urbanizado. Y, para el suelo rural sólo establece un método de valoración, sin perjuicio de las correcciones que procedan atendiendo a las especiales circunstancias de cada suelo: la capitalización de la renta real o potencial; pero aquí carecemos de dato alguno sobre cuya base establecer un valor de acuerdo con los criterios de la Ley de Suelo.

Pero, en todo caso, la parte actora no articula pretensión alguna sobre la base de un mayor valor de la tierra conforme al método de capitalización y especiales características de la finca, limitándose a solicitar una valoración por el método residual; y la única prueba que propone es la pericial de arquitecto dirigida a acreditar dicho valor, por lo que no podemos tenerla en cuenta.

En consecuencia no acreditado ese mayor valor que reclama de acuerdo con los criterios legales de valoración del suelo, aquí sólo nos queda la desestimación del recurso.

En cuanto al incremento de la indemnización por vía de hecho, al ser nula la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación por falta del trámite de información pública en el procedimiento de aprobación de la actuación que motiva la intervención.

Sobre ello ya nos hemos pronunciado dictada en recurso 28/2008 en el sentido de que: *“Pues bien, esta misma Sala y Sección ya se ha pronunciado al respecto en otras ocasiones y así entre otras hemos se-*

ñalado en la sentencia de 23 de diciembre pasado, recaída en el recurso 493/2008, que como indica el Tribunal Supremo, Sección 6ª, en sentencia de fecha 16 de marzo de 2009 (recurso 7679/2005), la pretensión de incremento del justiprecio en un 25%: *“Constituye una manifestación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 121, en relación con el 125, de la Ley de Expropiación Forzosa), que tiene su propio y específico procedimiento en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992.*

*Debieron, pues, instar la oportuna reclamación por dicho cauce, sin que el artículo 65.3 de la Ley de esta jurisdicción sea el instrumento idóneo para ello, ya que alude a los daños y perjuicios cuyo resarcimiento constituya el objeto principal del litigio o que sean consecuencia de la anulación del acto contra el que se dirige la acción contencioso-administrativa.*

*Ciertamente”, (continúa la sentencia que transcribimos), “esta Sala ha admitido que, sin previa reclamación en la vía administrativa, pueda pedirse por primera vez en sede jurisdiccional la indemnización como consecuencia de la ocupación de terrenos al margen de todo procedimiento, pero lo ha hecho en supuestos en los que se impugnaba la negativa administrativa a restituir el suelo indebidamente ocupado o a incoar un expediente de expropiación [sentencias de 22 de septiembre de 2003 (casación 8039/99, FJ 3º)] y 19 de abril de 2007 (casación 7241/02, FJ 4º)], así como en aquellos otros en los que se declaró la nulidad de dicho expediente por falta de cobertura, sin que cupiese la restitución in natura del bien expropiado [sentencia de 11 de marzo de 1996 (apelación 10573/91, FJ 4º)].*

*En definitiva, la indemnización de daños y perjuicios puede constituir una de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada cuyo reconocimiento se pretende (artículo 31.2 de la Ley 29/1998). Y en este caso tiene todo su sentido la norma que habilita el planteamiento sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios como cuestión nueva en sede judicial, incluso en el trámite de conclusiones (artículo 65.3 de dicha Ley). En otros términos, la pretensión de indemnización de daños y perjuicios puede hacerse directamente ante el tribunal de lo contencioso-administrativo en aquellos casos en que sea el único medio de restablecer plenamente la situación jurídica que el acto administrativo o la vía de hecho perturbaron, pero cuando se articula como cuestión principal, sin ningún vínculo directo con la actuación impugnada, resulta necesaria la previa formulación de la petición en vía administrativa.”*

Pero es que, además, en este caso consta que, en el BCUA de 7 de diciembre de 2001, se publicó la resolución de 24 de octubre de 2001 por la que se anuncia la apertura del trámite de información pública. Tras lo que, en el BOGA de 16 de febrero de 2004, se publica el acuerdo de 26 de enero de 2004 por el que se aprueba la información pública y el estudio informativo de la Variante de Las Cabezas de San Juan, cuya aprobación, conforme al artículo 38.3 de la Ley Andaluza 8/2001 de-

termina la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación. Por todo ello, sólo nos queda la desestimación del recurso también en este punto.

Intereses.— Aunque la Comisión no se haya pronunciado sobre ello, es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la obligatoriedad de que la sentencia se pronuncie sobre ello, incluso si no hay petición de parte.

Y, como dijimos en la sentencia citada de marzo de 2011: *Respecto al devengo de intereses en procedimientos declarados de urgencia existen múltiples pronunciamientos del TS y citando el contenido en la sentencia de 27 de octubre de 2007 hay que señalar que: “En las expropiaciones de carácter urgente, la determinación del “dies a quo”, a efectos del cómputo de intereses por la demora en la fijación del justiprecio, se produce, como norma general, al día siguiente de la fecha de la efectiva ocupación de los bienes o derechos (artículo 52.8 de la Ley de Expropiación Forzosa) hasta que el justiprecio fijado definitivamente en vía administrativa se paga, deposita o consigna eficazmente, sin que, por tanto, exista solución de continuidad entre los intereses de los artículos 56 (demora en la fijación) y 51 (demora en el pago) de la Ley de Expropiación Forzosa, debido a la disposición por parte del beneficiario de los bienes o derechos sin previo pago. Cuando el justiprecio se modifique en vía judicial, el periodo de devengo es el mismo pero sobre la cantidad determinada en sentencia firme y liquidándose con efectos retroactivos. Si, a pesar de la declaración de urgencia, la ocupación tuviese lugar después de transcurridos seis meses de tal declaración de urgencia, al entenderse con ésta cumplido el trámite de declaración de necesidad de ocupación (artículo 52.1ª de la Ley de Expropiación Forzosa), el dies a quo será el siguiente a aquél en que se cumplan los seis meses de la declaración de urgencia, salvo que la declaración de urgencia no contuviese la relación de bienes o derechos expropiables ni referencia a un proyecto y replanteo aprobados o reformados posteriormente, porque, en este caso, el dies a quo será el siguiente aquél en que se cumplan los seis meses de la aprobación de dicha relación de bienes o derechos a expropiar o del proyecto y replanteo, porque será desde este momento cuando se conocerán los que habrán de ser expropiados.”*

Partiendo de estas consideraciones, dado que desconocemos cuanto tuvo lugar el acuerdo de necesidad de ocupación y que el levantamiento del acta de ocupación tuvo lugar el 30 de junio de 2006, los intereses por retraso en el pago del justiprecio serán, ajustándonos a la pretensión de la parte, los devengados a partir del día 1 de julio de 2006 hasta su total pago, sobre la cantidad que como justiprecio se fija en el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla deducidas las cantidades antes abonadas correspondientes a depósito previo y perjuicios derivados de la rápida ocupación.

En consecuencia, procede hacer en la sentencia, pese a la desestima-

ción del recurso en sustancia, el pronunciamiento relativo a los intereses desde el día siguiente al de la efectiva ocupación.

Ahora bien lo que no cabe es el devengo de intereses sobre intereses ya que, siendo la obligación de abonar intereses la que resulta de los artículos 52 regla 8<sup>a</sup> de la Ley de Expropiación, respecto a esta petición habrá que estar a lo previsto en el Código Civil, que no admite el anatocismo.

*(St. de 15 de enero de 2013. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)*

## XIV. HACIENDA PÚBLICA

### IVA. Estrategia de minoración del coste fiscal.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 29 de abril de 2010 desestimatorio de la reclamación nº 14-026556-2008 y acumuladas formulada contra liquidación y acuerdo de imposición de sanción dictados por la Dependencia Regional de Inspección –sede de Córdoba– de la A.E.A.T. por el concepto Impuesto sobre el Valor Añadido, ejercicios 2004 y 2005.

Sucintamente, los hechos determinantes de la liquidación tributaria serían los siguientes: en el año 1986 se constituye la sociedad actora (LEYSE S.A.) que comienza a prestar sus servicios a la entidad VIDEOLUC. En el año 1991, D. ..., socio único y administrador de la entidad recurrente, se da de alta como empresario individual en régimen de estimación objetiva singular en la misma actividad que venía desarrollando LEYSE S.A. A partir de entonces, VIDEOLUC, por los servicios recibidos factura a D. ..., considerando la Inspección de los Tributos que dichos servicios de carácter fundamentalmente técnico los presta la entidad LEYSE S.A. y que la facturación a nombre de la persona física obedece exclusivamente a la mayor ventaja fiscal que eso supone, pero sin que D. ... preste dichos servicios profesionales.

Por su parte la sociedad actora señala en su demanda que LEYSE S.A. se constituyó en el año 1985, siendo entonces D. ... titular de un 33 % del accionariado y no pasando a ser socio único y administrador de la entidad hasta el año 1993. D. ... sería un empresario individual, dado de alta en el IAE en el epígrafe de Instalaciones Telefónicas, con título habilitante para el desarrollo de la actividades de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicación en todo el territo-

rio nacional, con una alta cualificación profesional y que cuenta con bienes de equipo para el desarrollo de su actividad profesional. Los trabajos profesionales que D. ... viene desarrollando para la televisión por cable del Ayuntamiento de Lucena (VIDEOLUC) son, dentro de los posibles, los de control de la estructura y estado general de la red de cable en cada momento, asistir a cualquier avería principal producida en líneas troncales, subtroncales y de distribución así como sustitución de cualquier elemento activo o pasivo que provoque anomalías en su funcionamiento y la intervención como perito en procedimientos administrativos y judiciales, denunciando la apropiación indebida de la señal por cable. Por su parte LEYSE S.A. se encargaría de la solución de averías de los abonados en sus instalaciones individuales, en virtud de un subcontrato con dicha entidad, sin perjuicio de atender a algunas averías personalmente. Existiría por tanto un reparto de tareas en el ámbito de las relaciones profesionales y comerciales con VIDEO-LUC que implicaría una válida economía de opción en la forma de organización empresarial.

La llamada «economía de opción» o «estrategia de minoración del coste fiscal», según la sentencia de la Sala Tercera, Sección 2ª, del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 (recurso 274/03, f.j. 4º, letra d), no afecta ni al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria, proclamados en el artículo 31, apartado, 1 de la Constitución. En efecto, no cabe confundir la conducta de quien, para capear una carga fiscal, ejecuta, en el ejercicio legítimo de su libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), un negocio distinto del pretendido, obteniendo los efectos civiles y mercantiles propios del realmente realizado y no los del inicialmente programado, con la situación de quien con idéntica mira lleva a cabo la operación tributariamente más beneficiosa, pero la organiza de modo que (por fraude, simulación u otro artificio) las consecuencias para su patrimonio en el orden civil y mercantil sean las que corresponderían a la opción inicial, fiscalmente más onerosa. La «economía de opción» no ampara tal clase de comportamientos.

Llegados a este punto, nos encontramos en disposición de examinar el acontecer descrito en el segundo fundamento jurídico de esta sentencia, para desentrañar si, realmente, el entramado en cuestión constituye una estratagema creada con el propósito de evitar ingresar el IVA repercutido por los servicios profesionales de carácter técnico que presta en realidad la recurrente y que pretende hacer pasar como prestados por el accionista único y administrador de la sociedad con un más favorable régimen tributario en su condición de empresario individual,

sujeto al régimen simplificado del IVA, suponiendo fiscalmente una gran ventaja a efectos del Impuesto sobre Sociedades a que está sujeto la sociedad actora. Y la respuesta a tal cuestión ha de ajustarse necesariamente a idéntica conclusión a la alcanzada por la Administración Tributaria. Es difícil de concebir una verdadera ajenidad entre la organización societaria y la persona física cuando ambas desarrollan idéntica actividad empresarial. El reparto de servicios que prestan a VIDEOLUC no encuentra ningún soporte documental. No se ha aportado ese supuesto contrato entre el accionista único de la entidad recurrente y ésta y que, supuestamente ha de vincular también a un tercero como es VIDEOLUC, pues ello implicaría que está última, inicialmente, sólo contrata con D. .... Como se indica en el informe ampliatorio no se concibe que si LEYSE S.A. venía prestando desde su constitución en el año 1987 a VIDEOLUC, sin razón alguna, desde el alta como empresario individual del Sr. Ortega éste es el que teóricamente se hace cargo de los encargos de VIDEOLUC y sólo parte de ellos el mismo Sr. ... subcontrataría con LEYSE S.A. manteniendo, sin embargo, toda la estructura empresarial de medios personales y materiales de esta última. Por lo demás, las declaraciones que a la Inspección realiza el administrador de VIDEOLUC sobre quién presta los servicios a dicha entidad y que se refieren a los empleados y personal de LEYSE S.A. es difícilmente conciliable sobre la argumentación contenida en la demanda respecto del reparto de tareas que atribuye la actora entre ella y su accionista único.

Por lo demás indicar que el reproche que se contiene en la demanda de no observancia del procedimiento legalmente establecido al no aplicarse el art. 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades que regula la valoración de operaciones vinculadas, igualmente ha de ser desestimado. La aplicación de las reglas de valoración contenidas en dicho precepto serían de obligada observancia si la Administración Tributaria hubiera considerado que LEYSE S.A. debió factura por un mayor precio. No es esta la cuestión que se trata en el Acta de disconformidad. Lo relevante y que viene a justificar la liquidación es la atribución a la sociedad actora de los servicios que dice prestar el Sr. ... y no el valor de los mismos, cuestión que no se discute.

Por último, la pretensión articulada en la demanda como subsidiaria, referida al hecho de que a la sociedad actora, en todo caso, no sólo habría que imputarle los ingresos del Sr. ..., sino que también habría que tomar en consideración los gastos y el IVA soportado por el accionista único y administrador de la entidad, también ha de tener respuesta denegatoria pues la facturación de LEYSE S.A. no recoge los mismos. Se-

ría necesaria una rectificación de la facturación y el particular ejercicio del derecho de deducción por la recurrente para que tuviera lugar ésta y no nos consta que la misma haya tenido lugar.

De lo expuesto resulta que las liquidaciones giradas han de ser confirmadas, incluso la relativa a la sanción por infracción tributaria al no realizarse ningún reproche a la misma.

*(St. de 8 de enero 2013. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)*

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

Económico administrativo. IBI Urbana. Impugnación indirecta valores catastrales. Analogía de las ponencias con los Reglamentos. Motivación. Ajuste necesario a valores de mercado.

Se interpone el recurso contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de 28 de abril de 2011, por la que se desestima la reclamación NUM000, interpuesta contra resolución desestimatoria de recurso de reposición contra la notificación de valores catastrales de bienes inmuebles de naturaleza urbana derivada de la revisión del municipio de Chiclana, correspondientes a la finca de referencia catastral NUM001; y contra resolución de la misma fecha por la que se desestima la reclamación NUM002, interpuesta contra la valoración de la finca de referencia catastral NUM003.

La actora sostiene efectúa una impugnación indirecta de la ponencia, por la falta de motivación en la fijación de los módulos MBR y MBC empleados; que el valor catastral asignado supera el valor de mercado. Esta Sala ha reiterado en numerosos pronunciamientos que de todos es conocida la posición doctrinal y jurisprudencial a favor de la impugnación indirecta en el momento de concretarse las Ponencias en la asignación individual de valores, ya que difícilmente un contribuyente medio puede imponerse en un procedimiento que por su propia naturaleza es complejo, técnico y colectivo. Además, la publicidad edictal no garantiza suficientemente el conocimiento del contenido y alcance de dicho acto general, ni su trascendencia en la valoración del inmueble. De ahí que la aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los administrados (art. 24 CE) exige, para evitar la indefensión de los ciudadanos que estos pueden impugnar las valoraciones cuando realmente las conocen, que es en el momento de su asignación individual y no en fase de Ponencias.

Por otra parte, aunque una Ponencia no es una disposición de carácter general, no cabe duda que desde un punto de vista material su analogía con ella es evidente ya que los índices de valoración contemplados en la Ponencia se aplican en el acto individual, por lo que una interpretación amplia del art. 26 de la Ley Jurisdiccional, permite dicha posibilidad.

Aunque la razón que más se reitera en las Resoluciones de las Tribunales Económicos y de los órganos judiciales es que sólo en el momento de la asignación individual, el contribuyente sabe con certeza cual es la repercusión económica de las Ponencias de Valores, ya que se particulariza en sus respectivos bienes aquellos valores básicos, con la posibilidad de contrastar los valores asignados con la normativa aplicable y los criterios legales de valoración que la misma recoge, en particular el valor de mercado, establecido ahora en el art. 23.2 RD Legislativo 1/2004 de 5 de Marzo.

Esta posibilidad de impugnar el valor catastral, alegando irregularidades en las Ponencias, supone que la resolución del recurso sólo tendrá efectos en el sujeto pasivo que lo interpone, a pesar de que el vicio puede afectar a todos los contribuyentes, dado el carácter general que revisten aquellas y ello porque es la única solución coherente con el objeto de la impugnación dirigida contra el valor catastral individual.

La motivación de las Ponencias cobra especial relevancia no sólo por resultarles de aplicación los criterios generales que exigen motivar el acto administrativo, sino porque concurren en ellas unas circunstancias específicas que confieren relevancia cualitativa a aquéllas, y es así, porque el procedimiento de determinación del valor catastral da lugar a un proceso de degradación del rango de los pronunciamientos que lo integran. Así los criterios generales de valoración se encuentran en las Ley de Hacienda Local y del Catastro Inmobiliario que a su vez se concretan en parte en el RD 1020/1993, que es así mismo aplicado por la Ponencia de valores, que aún conteniendo elementos generales, especifican más aquellos criterios que permiten determinar finalmente el valor catastral individual.

La motivación se revela en primer lugar como salvaguarda y garantía del principio de reserva de ley, en cuyo caso, en lo que las normas regulen expresamente, no se exige más motivación que la mera referencia a la norma, en cambio, cuando las Ponencias especifiquen aspecto en los que tales disposiciones presenten cierto margen de indeterminación, la motivación cobra mayor importancia y reviste más complejidad, para evitar así la arbitrariedad.

El modo concreto de llevarse a cabo la motivación de la Ponencia vie-

ne establecido en la norma 22.3 del RD 1020/1993, que dispone que “las Ponencias se acompañaran en documento separado, de los análisis y las conclusiones de los estudios de mercado y de los resultados obtenidos por aplicación de los mismos a un número suficiente de fincas, al objeto de comprobar la relación de los valores catastrales con los valores de mercado. De igual manera y en documento separado se acompañarán los catálogos de edificios y construcciones urbanas elaborados por la DGC, coordinadas con la Junta Técnica Territorial correspondiente, en concordancia con la tipología establecidas en el cuadro de coeficientes del valor de las construcciones (norma 20.9)”.

La Ponencia de Chiclana, que obra en CD en el expediente administrativo, se encuentran dichos documentos, por lo que formalmente contiene la motivación específica exigida en dicha norma. Pero para que la motivación sea suficiente no basta con que recoja esta información, sino que es necesario que los estudios y análisis justifiquen las decisiones adoptadas y los valores asignados o al menos ofrezcan alguna interpretación razonable. Además si alguno de los datos, criterios o coeficientes se separan o no resultan congruentes con la información que se desprende de aquella documentación, exigirá una motivación más rigurosa que fundamente la causa de esta desviación.

Esta Sala en reiteradas sentencias, ha estimado los recursos contra las notificaciones de valores de Jerez de la Frontera, por defecto en la motivación de los MBR y MBC empleados, siendo idénticas las circunstancias concurrentes en el caso de autos, por lo que debemos aplicar idéntica doctrina.

En efecto para adoptar dicha decisión la propia norma técnica 21 del R.D. 1020/1993, exige se realicen una serie de estudios previos y en base a ellos se redacten unas propuestas coordinadas de valores, que en nuestro caso brillan por su ausencia. El Acta 1/07 de la Comisión Superior de Coordinación Inmobiliaria, no contiene una justificación técnica del correcto ajuste de dicha asignación a la realidad económica del municipio de Chiclana. Igualmente obra en el expediente una referencia al Acta de 5/07 de la Junta Técnica Territorial de Coordinación de Andalucía, que no se encuentra incorporada, y no contiene justificación alguna.

Esa falta de motivación determina una irregularidad sustancial con una clara consecuencia de anulación del valor asignado individualmente, por partir de los módulos máximos no justificados, siendo la única solución posible la aplicación de los establecidos en la Ponencia anterior al no haberse acreditado con datos y estudios la alteración de las circunstancias y de la realidad económica de Chiclana, sin perjui-

cio de las consecuencia derivadas de esta anulación en actos liquidatorios posteriores a la notificación, cuya devolución no puede ser ordenada en esta sentencia al tratarse de la anulación del acto de gestión tributaria del Estado, no de la liquidación correspondiente a la Administración Municipal.

Se mantiene también que los valores catastrales superan el valor de mercado.

El art. 23.2 del Real Decreto Legislativo 1/04 dispone como límite que “El valor catastral de los inmuebles no podrá superar el valor de mercado, entendiendo por tal el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un inmueble libre de cargas, a cuyo efecto se fijará, mediante orden del Ministro de Hacienda, un coeficiente de referencia al mercado para los bienes de una misma clase”. En el expediente administrativo se encuentra dictamen pericial efectuada por un arquitecto, y visado por el correspondiente Colegio profesional, en el que se efectúa una valoración de los bienes inmuebles fijándose el valor de mercado a diciembre de 2007 en 645.696,98 euros y 651.158,24 euros, respectivamente, indicándose en el dictamen los métodos y cálculos empleados para al determinación del valor de mercado. Los valores catastrales asignados son de 781.947,65 euros y 797.586,60 euros, siendo los mismos superiores a los valores de mercado, por lo que supone una vulneración del art. 23.2 del Real Decreto Legislativo 1/04.

*(St. de 11 septiembre de 2012. Sala de Granada. Ponente Frías Martínez)*

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

Sometimiento de las empresas de telefonía móvil a la tasa por aprovechamiento especial de dominio público local: modalidades de determinación de la cuota; determinación reglada.

La Ordenanza impugnada es cuestionada en demanda de su declaración de nulidad total por las siguientes vulneraciones que, a juicio de la recurrente, tiene el texto normativo, pues

La mercantil no utiliza el dominio público local sino, exclusivamente, el dominio público radioeléctrico, por tanto falta la realización del hecho imponible contemplado en el artículo 20. Uno.a) de la Ley de Hacienda Locales (en adelante LHL). Se utiliza dominio público estatal, como se desprende de lo alegado y de la prueba pericial apor-

tada en vía administrativa. No utiliza cableado por el dominio público local.

En segundo lugar, no se puede aplicar la tasa general a los operadores de telefonía según el artículo 24. Uno de la LHL en la reforma operada por Ley 51/2002, de 27 de diciembre por la razón anteriormente dicha, no se utiliza ni el suelo, ni el subsuelo, ni el vuelo de las vías públicas municipales. Ya que se tributa por la tasa especial.

Existiría una doble imposición pues se está pagando la tasa del dominio público radioeléctrico, el IAE, y a las redes de cable por el 1,5%. El cálculo para cuantificar la tasa no cumple con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de LHL.

E) Se vulnera la normativa contenida en Derecho Comunitario –Directiva 2002/20/CE–

Es necesario que la Sala comience por constatar los elementos fundamentales del nuevo tributo que se establece en la Ordenanza Municipal impugnada.

Conforme a la regulación que se hace de la misma, constituye el fundamento y naturaleza de la tasa la utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil. Estando obligados al pago de la tasa, en concepto de sujetos pasivos, las empresas explotadoras del servicio, tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derecho de uso, acceso o interconexión a las mismas.

Es cierto, como se razona en la demanda, que el servicio de telefonía móvil, por sus mismas peculiaridades, se presta en su casi totalidad por el dominio radioeléctrico que, siendo de titularidad estatal –como es pacífico para las partes– no puede servir de soporte a la tasa municipal establecida. No obstante ello, también es cierto, como se hace constar en el informe técnico-económico que sirve de antecedente de la Ordenanza, que no es posible la prestación integral del servicio de telefonía móvil sin la utilización del dominio local, bien sea en los supuestos en que se hacen llamadas a teléfonos fijos, para lo que es necesario integrarse en las redes ya establecidas por las que se presta dicho servicio; o bien con la instalación de los elementos fijos necesarios para hacer posible esa telefonía móvil. Ciertamente es que, por esa misma dinámica, la utilización del dominio local (los elementos tales como antenas, de esta modalidad de telefonía no siempre están instalados en dominio local) es mucho menos intenso en el caso de esta telefonía móvil, pero eso no quiere decir que se excluya de manera absoluta, lo que es, a los efectos

tos del debate ahora suscitado, suficiente para estimar la concurrencia del presupuesto para la imposición de la tasa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.004, de 5 de marzo. Ahora bien, lo que realmente se considera hecho imponible de la tasa impuesta a estas empresas explotadoras del servicio de telefonía móvil, es el uso de redes de telefonía fija para cuando hay servicios mixtos entre una y otra modalidad, ese concreto presupuesto de hecho es el que se considera sujeto a la tasa a la vista de la delimitación que se hace en la Ordenanza que se revisa. Y es esa configuración específica del hecho imponible la que se combate en la demanda, al considerar que ya la titular de dicha red está sujeta a la tasa específica del artículo 24.1º.c), por lo que no puede imponerse nueva tasa a la operadora de telefonía móvil que utiliza la red, conforme al derecho de uso compartido reconocido en la Ley 52/2.003, de 23 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

El artículo 24-1º del Texto Refundido de la mencionada Ley Local, establece las reglas para la determinación de la cuota tributaria de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, contemplando una doble modalidad: una regla general, regulada en los párrafos a) y b), conforme a la cual, el importe de la tasa se calculará atendiendo al “valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público”, o bien “el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación”, en el supuesto de que “se utilicen procedimientos de licitación pública”.

Frente a ese régimen general, se dispone en el párrafo c) de este artículo 24.1º, un régimen especial para las “empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario” y dichos servicios exijan la “utilización privativa o aprovechamientos especiales... (del) suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales”, en cuyo supuesto el cálculo de tasa se hace de manera específica porque se establece “en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.” Y llegados a este punto es necesario hacer constar que este sistema de determinación de la cuota tiene una honda tradición en nuestro Derecho Tributario Local, pues ya fue establecido en el Estatuto Municipal de 1.924, cuyo artículo 378 estableció ya ese tipo de gravamen que, pese a permitir revisarlo quinquenalmente, se ha venido manteniendo con ca-

rácter fijo en toda la normativa local, lo que ha llevado a la Doctrina a hablar en ocasiones de la denominada tasas del 1,5 por 100, denominación inapropiada, como se ha recordado, porque no se trata de una tasa específica, mucho menos de una tan siquiera modalidad de tasas por utilización o aprovechamiento del dominio público local; sino de una regla específica para la determinación de la cuota tributaria. En esa terminología ha influido el hecho de que la Jurisprudencia (STS de 8 de abril de 2.002, recurso: 8402/1996) ha venido declarando la incompatibilidad entre ambos criterios de determinación de la cuota, pero no porque se entienda que son tributos diferentes, sino porque no le es dable a la Administración Municipal optar por una u otra modalidad de determinación de la cuota, sino la que imperativamente proceda conforme a las condiciones impuestas por la norma de rango legal.

A lo expuesto en el anterior fundamento es de añadir que el propio artículo 24.1º, al regular la modalidad de cuantificación por ingresos brutos, y consciente de que estos servicios requieren frecuentemente de redes específicas de suministro que pueden ser utilizadas indistintamente por las empresas propietarias –y, a su vez, prestadoras de los servicios– o por terceros no titulares de la red, autorizadas para la prestación de estos servicios de interés general –y derecho de uso de la red ajena–; posibilidad que se vio incrementada por los procesos liberalizadores impuestos por la Legislación Comunitaria; se suscita el debate de si a la hora de calcular la tasa por este sistema especial, deberían tributar por la utilización u ocupación que dicha red comporta, no sólo la titular de la misma, sino también si habrían de estar sujetas a la tasa todas las empresas que lo utilizasen –que en puridad de principios no ocupan dominio público por sí mismas, sino en cuanto utilizan la propiedad de tercero, mediante el correspondiente resarcimiento–; cuestión que había suscitado dudas pero que el nuevo Texto Refundido ha zanjado al dispone en el párrafo cuarto del artículo 24.1º.c) que “este régimen especial de cuantificación (1,5%) se aplicará a las empresas a que se refiere este párrafo c), tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas.”

Es decir, en el caso de estar sujeta la empresa suministradora del servicio a esta modalidad especial, es exigible tanto a la titular de la red a través del cual se presta, como a los meros usuarios de la misma o, conforme a la normativa comunitaria liberalizadora del sector, a los titulares del denominado derecho de tránsito o de paso.

A la vista de esa normativa, la problemática que se suscita en la de-

manda surge porque, así como no habría ningún problema en aplicar ese régimen especial del cálculo de cuota a las empresas que prestan servicios de telefonía móvil, el Legislador ha dispuesto expresamente en el segundo párrafo de este artículo 24.1º.c), que “no se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil”. Y es precisamente en relación con dicha exclusión donde encuentra fundamentación los argumentos que se utilizan en la demanda en contra de la legalidad de la Ordenanza impugnada porque, se razona, la telefonía móvil no está sujeta a la tasa, bien por incompatibilidad con la exclusión expuesta, bien por estimarse que la mera utilización de las redes de telefonía fija por estas suministradoras del servicio de telefonía móvil no puede ser objeto de la tasa. En apoyo de esa interpretación se invoca la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 18 de junio y 16 de julio de 2.007, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación en interés de la ley 26/2006 y 57/2005, los trabajos preparatorios de la reforma de la Ley Tributaria Local que aboca al actual Texto Refundido y, en fin, la normativa comunitaria.

Es por eso que el Tribunal Supremo remitió al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial consistente en determinar la conformidad de la Ordenanza en cuestión con la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, en concreto si el art. 13 de esa Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil, cuestión a la que el Tribunal europeo contestó en su sentencia de fecha 12 de julio de 2012 declarando que dicho art. 13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.

Asimismo se declara en esa sentencia que el art. 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlos directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho precepto.

Por tanto, a tenor de lo anteriormente expuesto, procede la estimación parcial del recurso interpuesto, debiendo declararse la nulidad del art.

2 de la Ordenanza impugnada en la frase “con independencia de quien sea el titular de aquellas”, así como el art. 3. Por otra parte, no se aprecia temeridad o mala fe a los efectos de una concreta imposición de costas a ninguna de las partes de conformidad con lo prevenido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

*(St. de 23 de noviembre de 2012. Sala de Málaga. Ponente López Agulló)*

## XV. JURISDISCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Concepto de incomparecencia procesal omisiva. Doctrina jurisprudencial.

El primero de los motivos que se menciona en el escrito de apelación es el de reprochar a la sentencia de instancia en haber incurrido en incongruencia omisiva y valorar erróneamente la prueba al no contener consideración alguna sobre el dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Andalucía en el expediente de responsabilidad patrimonial y que fue favorable a la propuesta de acuerdo desestimatorio de la responsabilidad patrimonial de la Corporación Local. Como ha indicado el Tribunal Supremo, Sala 4<sup>a</sup>, Sección 4, en sentencia de 24 de julio de 2012, entre otras que tratan la definición y alcance del vicio de la incongruencia omisiva: el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (*STC 36/2006, de 13 de febrero*).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (*STC 189/2001, 24 de septiembre*). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es preciso una respuesta explícita y pormenorizada de todas las cuestiones planteadas no sustanciales (*STC 51/2010, de 4 de octubre, FJ 3º*), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (*STC 24/2010, 27 abril, FJ 4º*) en que no cabría la respuesta conjunta y global. E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (*STC 8/2004, de 9 febrero*). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (*STC 29/2008, de 20 de febrero*). No cabe un desajuste en-

tre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (*STC 114/2003 de 16 de junio*). Si se desatiende un aspecto con posible incidencia en el fallo puede darse lugar a una denegación de justicia (*STC 24/2010, de 27 de abril, FJ4*).

Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:

a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (*Sentencias de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/2009, 28 de octubre de 2011, recurso de casación 5472/2007*), es decir la incongruencia omisiva o por defecto que conculca el art. 67 *LJCA* que obliga a decidir sobre todas las cuestiones controvertidas en el proceso; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (*Sentencia de 24 de mayo de 2010, rec. casación 6182/2006, Sentencia de 23 de diciembre de 2010, rec. casación 4247/2006, Sentencia de 15 de abril de 2011, recurso de casación 3143/09*).

b) El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (*Sentencia de 17 de julio de 2003, rec. casación 7943/2000*). En consecuencia el principio “*iuris novit curia*” faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (*Sentencia de 3 de noviembre de 2003, rec. casación 5581/2000*). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.

No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando porqué no se concede el exceso (*Sentencia de 3 de julio de 2007, rec. casación 3865/2003*).

No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (*Sentencia de 27 de enero de 1996, rec. de casación 1311/1993*).

f) Es necesario que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo, para no generar incoherencia interna que de lugar a contradicción entre el fallo de la sentencia y los fundamentos que justifican su decisión (*Sentencia 23 de abril de 2003, rec. de casación 3505/1997, Sentencia 29 de mayo de 2007, rec. casación 8158/2003*). Contradicción entre fallo de la resolución y su fun-

damentación reputada por el Tribunal Constitucional defecto de motivación lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva y no vicio de incongruencia (*STC 127/2008, de 27 de octubre, FJ2*), si bien este Tribunal (*Sentencia 4 de noviembre de 2009, recurso de casación 582/2008, FJ4<sup>o</sup>*) reputa incongruencia interna la contradicción entre lo que se razona y lo que se decide derivada de error evidente en la redacción de un párrafo caracterizado por recaer sobre la circunstancia de la que depende la decisión del proceso).

Sobre la base de lo expuesto se advierte que la contestación a la demanda formulada por el Ayuntamiento apelante se limita a contener, como único argumento contrario a la pretensión actora de declaración de responsabilidad patrimonial, el discurso jurídico que forma parte del acuerdo del Consejo Consultivo de Andalucía. A este razonamiento, realizado por remisión a lo argumentado por órgano distinto a aquel que emite la resolución objeto del recurso contencioso-administrativo, se contesta suficientemente en la sentencia cuando, tras la exposición en el fundamento jurídico segundo de los requisitos exigidos para la existencia de responsabilidad patrimonial, en su fundamento tercero se recogen las razones jurídicas y circunstancias fácticas que justifican la estimación de la pretensión ejercitada. En ningún caso cabe hablar de incongruencia omisiva y menos aún de errónea valoración de la prueba en la medida en que difícilmente puede considerarse que tenga naturaleza probatoria alguna las consideraciones jurídicas contenidas en la resolución emitida por un órgano consultivo asumidas por el acuerdo denegatorio de la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial.

Idéntico reproche de incongruencia omisiva y errónea valoración de la prueba formula la Administración apelante en cuanto que la sentencia no hace referencia alguna a la documental y testificales practicadas ni a la protesta, tacha de testigos y valoraciones recogidas en el escrito de conclusiones.

Es cierto que la sentencia de instancia no contiene un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los documentos (esencialmente facturas) con los cuales el demandante intentaba acreditar los perjuicios económicos causados por el cierre de la actividad autorizada. La sentencia apelada se limita a distinguir entre los gastos ocasionados hasta la impugnación judicial por la Comunidad de vecinos de la licencia de instalación y los producidos con posterioridad, excluyendo del importe de la indemnización estos últimos al considerar que el recurrente debería haber obrado con un mínimo de prudencia y no dar lugar a gastos e inversiones cuando estaba cuestionada la licencia que autorizaba

el funcionamiento de local de ocio. De aquí que la juzgadora de instancia entendiéndose que, en este segundo periodo, no existía un daño antijurídico y que el perjuicio económico producido debería ser soportado por el reclamante. Por otro lado, la determinación cuantitativa de la indemnización no se extrae en la sentencia de un análisis de todos y cada uno de los documentos aportados por el ahora apelado, sino que, implícitamente, hace suyo el pronunciamiento contenido en el fundamento jurídico primero, párrafo segundo, de la sentencia de esta Sala, Sección 2ª, de fecha 26 de noviembre de 2004 (recurso de apelación acumulados nº 857/2001 y 21/2002) que desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia estimatoria de la demanda formulada por la Comunidad de Propietarios contra la licencia de instalación de la discoteca y donde literalmente se señala que el “apelante probó con abundante documentación que presentó con el escrito de contestación a la demanda que las inversiones y obras realizadas en el local en que pretende instalar la discoteca ascendieron a la suma de 235.037 €. Es este un criterio que este Tribunal igualmente asume y que, además, se encuentra ratificado por la documental obrante en el recurso contencioso-administrativo y en el expediente administrativo. De lo expuesto se deduce que la incongruencia omisiva a que se refiere la Administración apelante tampoco existe en este aspecto pues en la sentencia, al aceptar la consideración contenida en la resolución de la Sala sobre la prueba y cuantificación de los perjuicios, da adecuada y suficiente respuesta a las alegaciones impugnatorias de la Corporación Local. Viene a desestimar todas y cada una de ellas en la medida en que acepta el pronunciamiento sobre dicha cuestión contenido en una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia. Por lo demás, no es preciso realizar mención alguna en la sentencia sobre la tacha de testigos formulada por la apelante. En la medida en que la fijación del importe de la indemnización se realiza por la juzgadora de instancia exclusivamente en base a lo declarado en sentencia de esta Sala, nula trascendencia tendría contener pronunciamiento sobre el valor probatorio que concede a las declaraciones de los testigos tachados.

*(St.10 de diciembre de 2012. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)*



# CRÓNICA PARLAMENTARIA



## Crónica Parlamentaria

### Presupuestar en tiempos de ajuste fiscal

Que la aprobación de los Presupuestos constituye un momento esencial para el devenir de la acción de gobierno –y, consiguientemente, también para la actividad parlamentaria–, es cosa bien conocida que no precisa mucha aclaración. No en balde se ha considerado al presupuesto como “la clave del parlamentarismo” (STC 185/1995, FJ 3). Pues, en efecto, para decirlo en los términos empleados por el Tribunal Constitucional, la Ley de presupuestos tiene como principal función constitucional “fiscalizar el conjunto de la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y, en fin, controlar que la asignación de los recursos públicos sea equitativa” (STC 3/2003, FJ 7). De hecho, el contenido “esencial” o “indisponible” de la Ley de presupuestos –entendido como el contenido “propio, mínimo y necesario” de la misma–, que se concreta en la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico, ya implica *per se* la adopción de decisiones indisolublemente vinculadas con la asunción de un determinado perfil ideológico en el diseño de las diferentes políticas públicas. Pero es que, además, junto a este “contenido necesario” de los presupuestos, pueden integrar un contenido “eventual” o “disponible”, que obedece a la función que cumple desempeñar a la Ley de presupuestos como vehículo de dirección de la política económica; circunstancia que autorizaría que pueda acoger disposiciones que, no siendo estrictamente reconducibles al “contenido necesario”, estén orientadas a la ordenación de los objetivos de política económica y financiera del sector público (por todas, STC 65/1990, FJ 3). En resumidas cuentas, y máxime si se produce la conjugación del contenido indisponible y del contenido eventual, la Ley de presupuestos marca un hito esencial en la definición de la política general del gobierno de turno.

Esta valoración debe, sin embargo, matizarse sustancialmente en las presentes circunstancias. Más allá de las restricciones materiales que impone la delicada situación económica por la que atravesamos, la libertad de configuración política real de que dispone el gobierno y el legislador autonómicos se halla severamente condicionada por el denso entramado normativo en materia de disciplina fiscal vigente en el Estado Autonómico. Baste por el momento mencionar algunas referencias tomadas de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013: “El Presupuesto de la Comunidad Autónoma pa-

ra 2013 tiene como referencia... una complicada situación económica y un nuevo marco jurídico derivado de la aprobación de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuya aplicación obliga a Andalucía a realizar ajustes adicionales a los que estaban previstos en la normativa anterior para reducir el déficit hasta el objetivo del 0,7% del PIB desde el 1,1% establecido previamente” (I). Y se prosigue más adelante, en este mismo apartado de la Exposición: “Por último, el Presupuesto se formula respetando el límite de gasto no financiero aprobado por el Consejo de Gobierno el pasado día 31 de julio, tal y como requiere la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, e, igualmente, de conformidad con ella, incluye un fondo de contingencia que aparece por primera vez en el capítulo V del presupuesto de gastos”.

Límite de déficit del 0,7% del PIB, tope de gasto y fondo de contingencia se presentan, pues, como los pies forzados de los que ha tenido que partir el gobierno al elaborar el proyecto de ley de presupuestos. Pero, aun siendo obviamente importantes, no son los únicos condicionantes que han aherrojado al legislador presupuestario. Pero vayamos por partes, y comencemos por la que, muy probablemente, sea la principal restricción existente al respecto, a saber, la prohibición de que el déficit asumible por el presupuesto andaluz excediera del 0,7% del PIB. ¿De dónde procede ese severo impedimento para recurrir al endeudamiento?

Pues bien, la LO 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria (en adelante, LOEP), manteniendo un procedimiento parejo al del anterior marco normativo, determina que los objetivos de estabilidad presupuestaria<sup>1</sup> y de deuda pública para la totalidad de las Administraciones Públicas y de sus diferentes subsectores se fijan, para los tres ejercicios siguientes, por el Gobierno previo informe del CPFF y del CNAL (art. 15.1 LOEP). Acto seguido, los objetivos deben ser aprobados por el Congreso y el Senado, debiendo el Gobierno remitir un nuevo acuerdo, en el plazo máximo de un mes, en el caso de que cualquiera de las Cámaras los rechacen (art. 15. 6 LOEP). El procedimiento atribuye, pues, a las instancias centrales de gobierno un claro protagonismo en el reparto entre los diversos niveles de gobierno del déficit presupuestario permitido en su conjunto al Estado español. Y esta preeminencia se proyecta asimismo en el procedimiento de concreción de los objetivos de déficit y deuda para cada una de las

---

<sup>1</sup> Según establece el artículo 15.2 LOEP: “Para la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria se tendrá en cuenta la regla de gasto recogida en el artículo 12 de esta Ley y el saldo estructural alcanzado en el ejercicio inmediato anterior”.

Comunidades Autónomas<sup>2</sup>. Es el Ministerio de Hacienda quien formula la propuesta, y el Gobierno de la Nación quien decide mediando el informe previo del CPFF (art. 16 LOEP). En resumidas cuentas, la presencia de las CCAA en la toma de decisiones sobre esta cuestión capital se diluye en el seno de un órgano investido únicamente de la facultad de emitir un informe no vinculante. En el marco de este procedimiento, no puede causar extrañeza que el nivel central de gobierno se vea tentado por la posibilidad de atribuirse una posición más sólida en dicho reparto, en detrimento del margen de maniobra de endeudamiento que se permita a las Comunidades Autónomas.

Éste fue un reproche recurrentemente utilizado en sede parlamentaria durante el debate final de la Ley de Presupuestos. En este sentido, la señora Pérez Rodríguez (grupo parlamentario Izquierda Unida) subrayaría la merma de la capacidad de actuación autonómica que conllevaba el referido reparto del déficit: “Es un presupuesto que viene marcado por la presión a la que el Gobierno central del Partido popular somete a Andalucía, con un nivel de exigencia en el ajuste mayor del que le corresponde a nuestra Comunidad Autónoma, ya que se nos obliga a realizar un ajuste presupuestario del 0,7 del Producto Interior Bruto, olvidando de nuevo... obviando de nuevo un elemento tan importante como es la población, a la hora de aplicar el sistema de fijación del déficit, otorgando de esta forma entre un 24% y un 40% menos de recursos a Andalucía, por habitante. Es por esto, señorías, que la Ley de Estabilidad Presupuestaria, el reparto del objetivo del déficit y un nivel de exigencia mayor del que nos corresponde limitan, de una forma acusada, nuestra capacidad de actuación, discriminando claramente a Andalucía”<sup>3</sup>. Y en esta misma línea, e interpellando directamente a la bancada del grupo popular, proseguiría el señor García Rodríguez (grupo IU): “Y luego hablan de autonomía. Pero ¿qué autonomía hay si no nos dan autonomía financiera? ¿Qué autonomía puede haber si no nos dan autonomía financiera, si no nos dan capacidad de endeudarnos, si controlan el grifo de la deuda ustedes, si les dicen a los bancos ‘no les presten dinero a las comunidades autónomas, no les presten dinero especial-

---

<sup>2</sup> Preeminencia estatal que también se ha apreciado en el anterior marco normativo, pese a que en el mismo la negociación bilateral entre el Estado y cada Comunidad Autónoma jugaba un papel esencial (Violeta Ruiz Almendral, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, La Ley/Universidad Carlos III, Madrid, 2008, págs. 214-215). Únicamente en caso de falta de acuerdo, el objetivo era determinado por el Ministerio competente; y una vez convenido dicho objetivo en relación con cada una de las CCAA, y previo informe del CPFF, el Gobierno establecía los objetivos de estabilidad presupuestarias para todas y cada una de ellas (art. 5.3 y 4 de la LO 5/2001, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en la redacción que les dio la LO 3/2006).

<sup>3</sup> *DSPA* Plenos 26, 20 de diciembre de 2012, pág. 34.

mente a Andalucía, que de eso me encargo yo, al ritmo y con la fluidez que yo quiera'. Es decir, prácticamente ninguna"<sup>4</sup>.

Y lógicamente el portavoz del grupo parlamentario socialista, el señor Caballos Mojeda, abundaría en esta idea. Más concretamente, destacaría las virtualidades del presupuesto presentado por el ejecutivo andaluz, "a pesar del corsé del déficit de la deuda que nos impone el Gobierno central, que no Bruselas, Bruselas impone un déficit a España, pero no dice cómo se reparte ese déficit entre el Gobierno central y las comunidades autónomas, y por eso a las comunidades autónomas nos impone el 0,7 para el año que viene, y ellos se reservan el 3,8, más de cinco veces, para tener un margencillo para ir echando una mano al Banco Malo, que no iban a hacer, y a los bancos que eran ayudados por el PSOE, pero que ellos, como eran un partido de los trabajadores, como decía la Cospedal, no harían, por supuesto, claro que no iban a hacer..."<sup>5</sup>. Frente a este orden de consideraciones de los grupos parlamentarios que sostienen al ejecutivo autonómico, en representación del grupo parlamentario popular, la señora Soto Rico puso de manifiesto una visión diametralmente opuesta de la situación: "Yo quisiera preguntarles a ustedes, señorías, si se han planteado cuál sería la situación financiera de nuestra Comunidad Autónoma sin... (las) medidas extraordinarias que ha puesto en marcha el Gobierno de la Nación. Ustedes piden más endeudamiento... Se sube aquí un portavoz detrás de otro y piden más endeudamiento. Y son incapaces de financiarse por sí mismos y de captar el endeudamiento que hoy tienen en Andalucía, señorías. Y tiene que venir el Gobierno de la Nación a socorrerles a ustedes"<sup>6</sup>.

El segundo de los grandes obstáculos que había debido afrontarse en su confección, según confiesa la propia Exposición de Motivos de la Ley de Presupuestos para 2013, fue el del límite del gasto no financiero. También, claro está, una imposición de la LO 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria: "El Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales aprobarán, en sus respectivos ámbitos, un límite máximo de gasto no financiero, coherente con el objetivo de estabilidad presupuestaria y la regla de gasto, que marcará el techo de asignación de recursos de sus Presupuestos. El límite de gasto no financiero excluirá las transferencias vinculadas a los sistemas de financiación de Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales" (art. 30.1 LOEP). Y más

---

<sup>4</sup> *DSPA* Plenos 26, pág. 49.

<sup>5</sup> *DSPA* Plenos 26, pág. 51.

<sup>6</sup> *DSPA* Plenos 26, pág. 34.

adelante, refiriéndose específicamente a las Comunidades Autónomas, establece el art. 30.3 LOEP: “Antes del 1 de agosto de cada año las Comunidades Autónomas remitirán al Consejo de Política Fiscal y Financiera información sobre el límite de gasto no financiero que cada una de ellas haya aprobado”.

Pues bien, este límite de gasto no financiero, como se desprende del art. 30.1 LOEP, está directamente vinculado con lo que se ha dado en denominar la “regla de gasto”, que aparece regulada en el art. 12 LOEP. Según el apartado primero del referido artículo, esta regla consiste en que “la variación del gasto computable de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española” (art. 12.1). Tasa de referencia que debe calcularla el Ministerio de Economía “de acuerdo con la metodología utilizada por la Comisión Europea en aplicación de su normativa” (art. 12.3). Se excluyen, no obstante, de dicho gasto computable “los intereses de la deuda, el gasto no discrecional en prestaciones por desempleo, la parte del gasto financiado con fondos finalistas procedentes de la Unión Europea o de otras Administraciones Públicas y las transferencias a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales vinculadas a los sistemas de financiación” (art. 12.2). El alcance exacto de esta restricción a la autonomía presupuestaria viene, no obstante, acotado en el art. 12.4 LOEP, que prevé que, “cuando se aprueben cambios normativos que supongan aumentos permanentes de la recaudación”, el gasto “podrá aumentar en la cuantía equivalente” durante los años en que se obtenga dicho incremento recaudatorio; por el contrario, si los cambios normativos entrañan una disminución de la recaudación, el gasto “deberá disminuirse en la cuantía equivalente”.

La fijación de un tope de gasto no constituye una absoluta novedad en nuestro ordenamiento, aunque sí el hecho de que se imponga a las CCAA. Ya la Ley 18/2001, general de estabilidad presupuestaria, había previsto que el acuerdo del Gobierno en donde se fijaba el objetivo de estabilidad presupuestaria de las diferentes Administraciones determinase el límite de gasto no financiero del Presupuesto del Estado (art. 13). E incluso poco antes de que se acometiera la reforma del art. 135 CE se modificó –a instancias de la Unión Europea<sup>7</sup>– la limitación en un sentido y con un alcance muy próximos al actual y, sobre todo, se extendió el tope de gasto al nivel local de gobierno. En

---

<sup>7</sup> El Consejo Europeo de 24-25 de marzo de 2011 incluyó entre sus recomendaciones a España “la expansión del gasto público por debajo de la tasa de crecimiento del PIB a medio plazo, introduciendo una norma de gasto para todos los niveles de la Administración en la Ley de Estabilidad Presupuestaria”.

efecto, el Real Decreto Ley 8/2011, de 11 de julio (convalidado por el Congreso el 14 de julio), vino a reformar el Texto Refundido de la Ley de Estabilidad Presupuestaria al objeto de imponer un techo de gasto –además de la Administración General del Estado– a provincias, municipios capitales de provincia o de Comunidad Autónoma y municipios con población igual o superior a 75.000 habitantes<sup>8</sup>.

La extensión de la regla de gasto a las Comunidades Autónomas por parte de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria puede explicarse a la luz de las hondas modificaciones operadas recientemente en el marco normativo regulador de la materia en la Unión Europea. Así es; la regla de gasto constituye una de las principales novedades introducidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento en la reforma del mes de noviembre de 2011, que incide en lo que se ha dado en denominar el “componente preventivo” del PEC, esto es, el sistema de supervisión multilateral establecido por el Reglamento (CE) n.º 1467/97<sup>9</sup>. En efecto, el Reglamento 1175/2011, modificadorio del Reglamento 1466/97 relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, contempla restricciones al gasto de los Estados miembros al objeto de asegurar el cumplimiento de sus respectivos objetivos de estabilidad presupuestaria a medio plazo; más concretamente, el párrafo tercero del art. 5.1 del Reglamento 1175/2011 dice así: “Se evaluará [por la Comisión y el Consejo] si se ha avanzado lo suficiente hacia el objetivo presupuestario a medio plazo mediante una valoración general que tome como punto de referencia el saldo estructural e incluya un análisis del gasto excluidas las medidas discrecionales relativas a los ingresos”<sup>10</sup>. La regla de gasto europea aparece indisolublemente vinculada con el saldo presupuestario. Y, así para valorar la importancia de una desviación del objetivo presupuestario a medio plazo, debe tomarse en consideración: “b) cuando se evalúe la evolución del gasto excluyendo las medidas dis-

---

<sup>8</sup> De ahí que el Real Decreto-Ley incorporase en la Ley general de Estabilidad Presupuestaria una “regla de gasto de las Administraciones públicas”, aplicable a las entidades referidas, en cuya virtud el mismo “no podrá superar la tasa de crecimiento a medio plazo de referencia de la economía española”; y esta tasa “se define como el crecimiento medio del PIB, expresado en términos nominales, durante 9 años”. Ese límite de gasto podía variar cuando se aprobasen “cambios normativos” que supusieran aumentos o disminuciones de la recaudación (nuevo art. 8 bis). Sobre el alcance de esta reforma, véase Francisco Belloc Roldo, “Techo de gasto y estabilidad presupuestaria”, *Presupuesto y Gasto Público* 65/2011, p. 97-110.

<sup>9</sup> Art. 2 del Reglamento (UE) n.º 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro.

<sup>10</sup> Véanse asimismo, en términos prácticamente idénticos, los artículos 6.3, apartado primero, 9.1 y 10.3 del referido Reglamento (UE) 1175/2011.

crecionales relativas a los ingresos, si la desviación tiene una repercusión total en el saldo presupuestario de las administraciones públicas de al menos el 0,5 del PIB en un solo año o de forma acumulada en dos años consecutivos” (art. 6.3, segundo párrafo). Y “la desviación de la evolución del gasto no se considerará significativa si el Estado miembro de que se trate ha superado el objetivo presupuestario a medio plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de unos ingresos inesperados significativos y que los planes presupuestarios establecidos en el programa de estabilidad no hagan peligrar dicho objetivo durante todo el periodo cubierto por el programa” (art. 6.3, tercer párrafo).

Por otro lado, no puede soslayarse que el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria recoge en idénticos términos que el reformado PEC la regla de gasto, al que en última instancia se remite: “Los avances hacia el objetivo a medio plazo y su observancia serán objeto de una evaluación global que tome como referencia el saldo estructural e incluya un análisis del gasto excluidas las medidas discrecionales relativas a los ingresos en consonancia con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado” [artículo 3.1 b)]. Una obligación que los Estados signatarios se comprometen a incorporar al Derecho nacional “a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales” (art. 3.2). La LOEP satisface plenamente estas exigencias que se imponen a la normativa interna para la asunción de los compromisos del artículo 3.1 del Tratado; pero, en lo que a la regla de gasto concierne, se le da un tratamiento que realza su posición y relevancia en el procedimiento de disciplina fiscal europeo, al erigirse en un canon autónomo de control de la actuación presupuestaria de las CCAA y las Entidades locales. Debe por lo demás notarse que aun teniendo naturaleza de acuerdo intergubernamental –y situarse por tanto fuera de la estructura institucional de la UE-, el control sobre la adecuada observancia del art. 3.2 del Tratado de Estabilidad se atribuye, en virtud de su art. 8, al TJUE. La base de esta atribución competencial al TJUE únicamente puede hallarse en el art. 273 TFUE: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionadas con el objeto de los Tratados, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso”.

Comoquiera que sea, el Presupuesto de la Junta de Andalucía para 2013 se acomoda a ese límite de gasto no financiero, que fue aprobado por el Consejo de Gobierno el día 31 de julio, respetando por tanto el plazo señalado en el art.

30.3 LOEP. Por lo demás, la Ley de Presupuestos procede a la reforma del artículo 35 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, entre otros objetivos, para hacerse eco de esta exigencia impuesta por el legislador orgánico: “El Presupuesto se ajustará al límite de gasto no financiero que apruebe el Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería competente en materia de Hacienda, y su contenido se adaptará a las líneas generales de política económica establecidas en los planes económicos vigentes, y recogerá la anualidad de las previsiones contenidas en los programas plurianuales de inversiones públicas establecidas en los mismos” (art. 35.4, primer párrafo).

El tercero de los límites explícitamente mencionados en la Exposición de Motivos que, de partida, habían constreñido al legislador presupuestario, era el Fondo de Contingencia que la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria obliga a constituir a todos los niveles de gobierno. De acuerdo con su artículo 31, las CCAA “incluirán en sus Presupuestos una dotación diferenciada de créditos presupuestarios que se destinarán, cuando proceda, a atender necesidades de carácter no discrecional y no previstas en el Presupuesto inicialmente aprobado, que puedan presentarse a lo largo del ejercicio”. El legislador orgánico reconoce, no obstante, un cierto margen de maniobra al respecto: “La cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación será determinada por cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias”. En consecuencia, los Presupuestos para 2013 incluyen por vez primera un fondo de contingencia en el capítulo V del presupuesto de gastos. Y la Disposición final quinta de Ley 5/2012, de Presupuestos para 2013, acomete la modificación del artículo 35 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía para, entre otros extremos, incorporar con carácter permanente esta nueva obligación: “El estado de gastos incluirá una dotación diferenciada de crédito para atender, cuando proceda, necesidades de carácter no discrecional y no previstas en el Presupuesto” (art. 35.4, último párrafo).

Decíamos, sin embargo, al comenzar esta crónica que, además de las restricciones reconocidas explícitamente por el legislador presupuestario, había otros factores que habían condicionado de una forma acusada la libertad de conformación política del ejecutivo andaluz a la hora de confeccionar el proyecto de presupuestos para 2013. Factores estrechamente vinculados con el desplome de los ingresos autonómicos sufrido con motivo de la honda recesión económica que atravesamos; descenso tan abrupto que amenazaba con dificultar hacer frente a los compromisos financieros asumidos por la Junta de Andalucía. Pues bien, en relación con estos supuestos, la Ley Orgánica de Estabi-

lidad Presupuestaria contempla una vía excepcional de aportación de recursos por parte del Estado. Más concretamente, la LOEP preveía en su Disposición transitoria cuarta, una concreta excepción: los mecanismos adicionales de financiación –regulados en la Disposición adicional primera– que pudiera habilitar el Estado, previa solicitud de las CCAA y las Corporaciones Locales, para que estas hicieran frente a sus obligaciones de pago con sus proveedores anteriores al año 2012. Pero esta versión inicial de la LOEP solo estaría un breve tiempo en vigor, puesto que tanto la Disposición adicional primera como la Disposición transitoria cuarta serían modificadas por la LO 4/2012, de 28 de septiembre, de reforma de la LO 2/2012.

Esta reforma de la LOEP abrió notablemente el horizonte de la excepción prevista, pues en su nueva versión desaparece tanto el límite temporal como el material de la redacción originaria. Por lo que hace al periodo de tiempo en que podrán emplearse los mecanismos adicionales de financiación, la reformada Disposición adicional primera precisa ahora en su primer apartado: “Por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos se podrán prorrogar estos plazos atendiendo a las dificultades de acceso a los mercados financieros que tengan las CCAA y Corporaciones locales u otras circunstancias socioeconómicas que determinen la necesidad de prorrogar de forma extraordinaria las citadas medidas”.

Y en lo que concierne a los supuestos en que es dable recurrir a la financiación estatal, la renovada Disposición transitoria cuarta LOEP amplía el espectro mucho más allá del plan de pago a proveedores: “Los mecanismos adicionales de financiación que se hayan habilitado o se habiliten por el Estado de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera con el fin de que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales hagan frente a las obligaciones pendientes de pago con sus proveedores, para financiar sus vencimientos de deuda o para dotar de liquidez a las Comunidades Autónomas, quedarán excluidos del ámbito de aplicación del apartado 2 del artículo 8 de esta Ley”. Ahora bien, como no podía ser de otra manera, ese escenario quiere concebirse como absolutamente excepcional, y de ahí que la reforma de la LOEP contemple determinadas medidas tendentes a precaver ese supuesto, incorporando a tal objeto una nueva Disposición adicional cuarta. De acuerdo con su primer apartado, las “Administraciones públicas deberán disponer de planes de tesorería que pongan de manifiesto su capacidad para atender el pago de los vencimientos de deudas financieras con especial previsión de los pagos de intereses y capital de la deuda pública”. Por su parte, el segundo apartado de dicho Disposición adicional establece que la situación de riesgo de incumplimiento del pago de los vencimientos de deuda –que corresponde apre-

ciar al Gobierno a propuesta del Ministro de Hacienda— “se considera que atenta gravemente contra el interés general”, procediéndose de acuerdo con art. 26.

Todo ello sin olvidar que la concesión de los mecanismos adicionales de financiación por parte del Estado se anuda al cumplimiento de rigurosos condicionantes por la Administración receptora de los fondos. De entrada, la LOEP prevé que aquellas Administraciones que soliciten el acceso a esas medidas extraordinarias de liquidez “vendrán obligadas a acordar con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas un plan de ajuste que garantice el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública” (apartado primero de la Disposición adicional primera). Este plan de ajuste, de carácter público, “incluirá un calendario preciso de aprobación, puesta en marcha y supervisión de las medidas acordadas”; supeditándose al cumplimiento del calendario el desembolso, por tramos, de la ayuda financiera establecida (apartado tercero de la Disposición adicional primera LOEP).

Más concretamente, el acceso a los reiterados mecanismos “vendrá precedido de la aceptación por la Comunidad Autónoma o la Corporación Local de condiciones particulares en materia de seguimiento y remisión de información (...), así como de adopción de medidas de ajuste extraordinarias, en su caso, para alcanzar los objetivos de estabilidad presupuestaria, límites de deuda pública y obligaciones de pago a proveedores incluidas en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”. Condiciones ya previstas en la redacción original de la LOEP a la que habría que añadir otra incorporada en la LO 4/2012, en consonancia con la ampliación de las finalidades a que se pueden destinar este mecanismo extraordinario de financiación, a saber: “aquellas otras condiciones que se determinen en las disposiciones o acuerdos que dispongan la puesta en marcha del mecanismo”. Una cláusula perfectamente genérica que en nada restringe o limita la naturaleza e intensidad de las condiciones a imponer al ente beneficiario de los fondos.

Comoquiera que sea, lo que debe necesariamente destacarse son las consecuencias que podrían derivarse del incumplimiento de los planes de ajuste: “La falta de remisión, la valoración desfavorable o el incumplimiento del plan de ajuste por parte de una Comunidad Autónoma o Corporación Local dará lugar a la aplicación de las medidas coactivas de los artículos 25 y 26 previstas para el incumplimiento del Plan Económico Financiero” (apartado quinto de la Disposición adicional primera). En última instancia, pues, la inobservancia del plan de ajuste por parte de una Comunidad Autónoma puede justificar el

ejercicio de la “coacción federal” prevista en el art. 155 CE, en virtud del cual el Estado “podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquéllas al cumplimiento forzoso” de sus obligaciones, estando el Gobierno de la Nación facultado “para dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas”.

Y como pieza esencial de este sistema concebida en desarrollo de la Disposición adicional primera LOEP está el Fondo de Liquidez Autonómico, que se constituyó a raíz del Real Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero. Pues este Fondo persigue como principal objetivo atender “los vencimientos de deuda pública” (art. 1). “Con cargo a los recursos del Fondo –dispone su art. 9.2– se realizarán operaciones de crédito a favor de las Comunidades Autónomas que permitan atender sus necesidades financieras”. Se trata, por lo demás, de un mecanismo adicional de financiación que estará disponible “en tanto que persistan dificultades de acceso de las Comunidades Autónomas a los mercados financieros, correspondiendo a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos la apreciación, con periodicidad anual, de tal circunstancia” (art. 3.2). Y naturalmente, como ya había prevenido la propia LOEP, la recepción del mismo se subordina a la asunción de estrictas condiciones. Así viene a reiterarse en términos inequívocos en el art. 2.2 del Real Decreto-Ley 21/2012, en donde, refiriéndose a la aceptación por parte del Ministerio de Hacienda de la petición autonómica de sumarse al mecanismo, se establece: “Aceptada la mencionada solicitud, la Comunidad Autónoma adoptará un Acuerdo de su Consejo de Gobierno un órgano competente, en el que conste su voluntad de adhesión al mecanismo y el compromiso de cumplir lo dispuesto en este real decreto-ley y en los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, así como lo previsto en cualquier disposición que desarrolle este mecanismo de financiación”. Obviamente, la adhesión al mecanismo conlleva automáticamente la aceptación de las condiciones financieras y fiscales previstas en la Disposición adicional primera de la LOEP y en el referido real decreto ley (último párrafo del artículo 2.2 Real Decreto-Ley 21/2012). Entre otras, la determinante de “presentar y acordar con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas un plan de ajuste que asegure el cumplimiento de los objetivos de estabilidad y de deuda pública, así como el reembolso de las cantidades aportadas por el Fondo de Liquidez Autonómico...” (art. 5.1 Real Decreto-Ley 21/2012).

En el supuesto de que el Ministerio de Hacienda detecte riesgos de incumplimiento o incumplimiento de las medidas del plan de ajuste, propondrá la

adopción de nuevas medidas o la alteración del calendario de ejecución, “pudiendo solicitar a la Intervención General de la Administración del Estado que acuerde las actuaciones necesarias para llevar a cabo una misión de control”. En cualquier caso, la concesión de los sucesivos tramos de préstamo pasa a depender del cumplimiento de las medidas propuestas (art. 7.3 Real Decreto-Ley 21/2012). Los órganos de control autonómicos prestarán “toda la ayuda y colaboración que sea necesaria a la misión de la Intervención General de la Administración del Estado, que tendrá acceso a la totalidad de la documentación de la Comunidad Autónoma, para el buen desempeño de sus funciones” (art. 8.2). Dicha Intervención General contará con un mes, desde el inicio de la misión de control, para emitir un informe “sobre la adecuación financiera de las previsiones recogidas en el plan de ajuste en vigor y los incumplimientos o riesgos de incumplimiento del mismo” (art. 8.3); informe que se enviará al Ministerio de Hacienda “a los efectos de aplicar lo dispuesto en los artículos 25 y 26” LOEP (art. 8.4).

A la vista de cuanto se lleva dicho, no parece necesario insistir en que la *Actualización del Plan Económico-Financiero de reequilibrio de la Junta de Andalucía 2012-2014* –en donde se condensan los compromisos de gastos e ingresos de la Comunidad Autónoma acordadas con el Estado para el periodo en cuestión– impuso severas limitaciones a la hora de confeccionar el Presupuesto de la Junta de Andalucía para el año 2013.

Manuel Medina Guerrero

# DOCUMENTOS Y CRÓNICAS



# De potestades, funcionarios y labores portuarias<sup>1</sup>

*José Ortiz Mallol*

Letrado Junta de Andalucía

SUMARIO: I. DECLARACIÓN DE INTENCIONES. II. APROXIMACIÓN A UNA PERSPECTIVA GENERAL DE LA RESERVA A FUNCIONARIOS. III. EN PARTICULAR, DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO PORTUARIO

## I. DECLARACIÓN DE INTENCIONES

La causa última de estas páginas viene dada por una reflexión acerca de cómo el Derecho genera determinados mecanismos legales que se introducen con la idea de obtener el bien común y –al mismo tiempo– cómo el propio ordenamiento jurídico llena ese camino de peligrosas trampas. La causa próxima se concreta al abordar –con ocasión del estudio sobre temas portuarios– la naturaleza jurídica que deba caracterizar a los agentes de la Administración –en este caso la portuaria– para poder realizar las tareas propias de los puestos que desempeñan, en un entorno de seguridad jurídica. Según decimos, cómo se afronte la seguridad jurídica en el ámbito portuario en relación con el agente público actuante, es sólo la excusa para una reflexión de fondo: la que atañe al carácter más formal que material de determinadas categorías jurídicas, cuando las mismas no evolucionan de manera paralela a los tiempos que las rigen y de cómo las costuras de las normas estallan ante el empuje de la realidad social.

Nuestro estudio se enfoca desde la óptica de la distinción entre personal funcionario de carrera y el regido por un contrato laboral, y –lógicamente– teniendo en consideración las diferentes formas de organización pública que trasciende desde la Administración General, de corte territorial, hasta las enti-

---

<sup>1</sup> Se toma como base la ponencia presentada a las VIII Jornadas de Derecho Portuario organizadas por la Autoridad Portuaria del Puerto de Sevilla, en octubre de 2012. Expresamente queremos agradecer a la Presidencia, Dirección y Secretaría General de dicho Organismo la amable e inmerecida invitación que se nos hizo en tal sentido.

dades instrumentales que componen la Administración Institucional y las particularidades que derivan de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Tal y como veremos, el distinto régimen jurídico según se trate de puertos de competencia estatal o autonómica nos permite preguntarnos sobre la certeza –cuando de llevarla a la práctica se trata– de alguna de las bases tradicionales de nuestro sistema administrativo.

Este debate aparece como consecuencia de determinadas innovaciones normativas y la recepción y aplicación que los órganos judiciales han realizado de las mismas. Por lo tanto, nuestras reflexiones tienen un contexto propio; y este mismo contexto es el que nos obliga en la búsqueda de la mejor razón sobre el tema: éstos que vivimos, son días de profundo cambio en el conjunto de las estructuras sociales producidos por la larga mano de una crisis económica a escala mundial sin apenas precedentes. Se quiera o no, la percepción de cómo se ha de organizar la Sociedad que resulta de cualquier opinión surgida a pie de calle, está condicionada por un cambio de los valores motivado por la profunda transformación en la estructura económica, del que sólo somos meros observadores. Y lejos de hacer discursos jurídicos “de salón” –si se nos permite la expresión y para el caso de que sean posibles– queremos descender al ruedo que nos lleva a cuestionar el estado de la normativa vigente.

## II. APROXIMACIÓN A UNA PERSPECTIVA GENERAL DE LA RESERVA A FUNCIONARIOS

La norma que precipita un debate ya antiguo, pero que recientemente ha alcanzado dimensiones sociales de altura, es el art. 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, en adelante, EBEP), según el cual, y bajo el título de “funcionarios de carrera”, se dispone que: *“En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*. Como de sobra es conocido, este precepto recae en el marco constitucional definido por el art. 103 CE y de la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, básicamente en las sentencias 99/1987 –de 11 de junio–, 235/2000 –de 5 de octubre– y 37/2002 –de 14 de febrero– en el sentido de establecer como modelo básico del personal de las Administraciones Públicas el definido por el status de funcionario, siendo la excepción los puestos que podrían ser cubiertos por personal laboral, excepción sujeta a la expresa previsión por ley. Con ello, nuestro más alto Tribunal se alinea con la tradición legisla-

va alemana, al modo del art. 33.4 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 cuando dispone que “*el ejercicio de las funciones de las autoridades públicas, con carácter permanente, será confiado, por regla general, a funcionarios públicos cuyo estatuto, servicio y lealtad serán establecidos por el Derecho público*”<sup>2</sup>, por oposición al modelo francés del que es mero ejemplo la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 25 de marzo de 1996 (asunto Berkani) cuando afirma que basta con ser empleado de un servicio público administrativo para tener la consideración de agente público y someterse a las normas administrativas, con independencia de las concretas labores desempeñadas

Es muy importante que tengamos en cuenta que el sistema instaurado por la Constitución –según la interpretación auténtica– supone que la garantía jurídica del administrado no se ve satisfecha con el hecho de que sea un órgano administrativo (competente) el que dicte el acto o resolución de que se trate. Aunque deba hacerse notar que este mero hecho, ya implica de por sí el necesario sometimiento a la ley y a los principios que rigen la actividad administrativa, incluidos la existencia de una vía de recurso en sede administrativa y el control judicial de la actividad administrativa. Pero ello no es suficiente. El sistema imperante hace depender la garantía del funcionamiento de la maquinaria de la Administración –desde la perspectiva del administrado– en la actuación en la tramitación del expediente de que se trate, de que el agente de la Administración sea personal funcionario. Al menos, en determinadas funciones, puestos o trámites, según veremos. Por lo tanto, el problema que nos ocupa no se resuelve exigiendo que el órgano de gobierno de la Administración actuante (ya sea general o institucional) sea el órgano administrativo competente, sino que se requiere con carácter sustancial y no meramente formal, la intervención en la conformación del acto o resolución de que se trate, de un determinado tipo de empleado público, como es el funcionario. Todo lo que aquí se dirá, depende de esta idea como dovela del sistema.

---

<sup>2</sup> El modelo alemán no estaba, ya en su origen, exento de crítica “*por casi todos, por haber intentado reservar a los funcionarios un monopolio de imposible ejecución práctica, pues nadie había conseguido definir científicamente “el ejercicio de prerrogativas de poder público a título permanente” como opuestas a otras funciones administrativas que no lo son y organizar según este criterio el reparto de tareas entre los funcionarios y otros agentes públicos sujetos al Derecho privado*”. PARADA “Derecho Administrativo II. Organización y empleo público” Marcial Pons, 14<sup>a</sup> ed. Pág.420. Como contrapuesto a ambos, por lo que significa de mayor aproximación al ámbito privado del empleo público, el modelo italiano se basa –como indica MARINA JALVO (“Sobre las últimas reformas italianas del empleo público” RAP núm. 137, 1995) en la cada vez mayor interrelación entre la actividad de la Administración y la actividad prestacional “*si tradicionalmente el elemento característico de las funciones públicas era el ejercicio de autoridad, en la actualidad el ejercicio de autoridad se ha visto reducido (aunque todavía existen algunas funciones públicas por excelencia, como ha recordado Giannini) respecto de la actividad de prestación de servicios públicos que constituye la actividad primordial de las Administraciones Públicas*”.

Con el art. 9.2 EBEP el Legislador Estatal se aleja de la senda de la unificación de regímenes que preconiza ya desde su título el propio Estatuto Básico. En este sentido, el precepto se distancia del parecer de la Ponencia formada por ROMÁN RIECHMANN, SÁNCHEZ MORÓN y VELÁZQUEZ LÓPEZ<sup>3</sup> cuando alertaban de que “*la dualidad de regímenes jurídicos aplicables plantea problemas de gestión y crea no pocas veces agravios comparativos innecesarios que, a su vez, repercuten negativamente en la motivación y el desempeño*”, contra lo cual, tales autores “*entienden que es necesario reconducir esta situación. En primer lugar, ratificando la aplicación de un conjunto de principios y reglas básicos a todos los empleados públicos, por igual, por el hecho de serlo*” admitiendo una diferenciación de regímenes en atención al “*tipo de responsabilidades que les corresponden en el marco del empleo público y de las garantías de imparcialidad que les sean inherentes*”, distinguiendo entre tres grupos de empleados públicos: “*uno, general, otro cualificado en virtud de exigencias de especial responsabilidad profesional o de imparcialidad y un tercer grupo directivo*”. Enfoque alejado de una distinción simple entre personal funcionario y laboral<sup>4</sup>.

La doctrina unánime recuerda que no existía en nuestro Derecho una reserva tan expresa como la que se instaura con el EBEP, quizás porque –como indicaba el TC en Sentencia 99/87<sup>5</sup> la misma resultara innecesaria a partir de la opción del art. 103 CE por un sistema basado en funcionarios públicos, con lo cual la fórmula de la reserva debería construirse, precisamente, desde la orilla contraria: la determinación de qué puestos o funciones pueden ser cubiertas por personal laboral. Según se manifiesta, ello no conlleva como solución lógica la reserva de determinada actividad pública a funcionarios, sino la exigencia de que sea una ley formal la que determine qué puestos podrían ser cubiertos por personal laboral, cosa bien distinta. Así, el art. 15.1.c de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública (tras la modificación operada por la Ley 23/88 tras STC 99/87) ya disponía que “*con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos, así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos*”, exceptuando de dicha regla determinados puestos de carácter auxiliar o especializado<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> “*Líneas de reforma del empleo público*”, en “Estudios para la reforma de la Administración Pública”, INAP, 2004, pág. 489.

<sup>4</sup> Por todos los estudios sobre la materia, referimos el de RODRÍGUEZ RAMOS, “El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores”, Edt. Comares, 1997, donde la autora realiza un extensivo estudio de esta problemática.

<sup>5</sup> SAINZ MORENO “El estatuto de la función pública después de la STC 99/87 y de la ley 23/1988”, RAP núm. 117.

<sup>6</sup> En síntesis, puestos de naturaleza no permanente, los que satisfagan necesidades de carácter perió-

Dos son los elementos básicos del art. 9.2 EBEP: de un lado, es necesario determinar qué se entiende por *funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales*; junto a ello, hay que tener en cuenta que se produce una remisión al ámbito normativo de las distintas Administraciones, lo cual impide en numerosos casos –como es el andaluz, por lo que nos concierne– contar con una respuesta de Derecho positivo a tal problemática.

La primera cuestión que abordamos, a su vez permite distinguir dos planos. Uno requiere que analicemos qué actividad pública puede incidir, de una manera directa o indirecta, en el ejercicio de potestades o la salvaguarda de los intereses generales; como veremos, este plano resulta incapaz de ofrecer, desde su naturaleza generalista, una solución válida en la práctica. El otro tiene que ver con el conjunto de actos, de *funciones* que componen una actuación completa de la Administración; en otros términos podríamos hablar de qué tramites quedan reservados a funcionarios dentro de un procedimiento reglado de ejercicio de una potestad.

Dado el lector al que se dirigen estas páginas, excusamos siquiera una referencia a los esfuerzos de doctrina y jurisprudencia a la hora de definir qué sea una potestad. Con ello, podemos invocarla como el conjunto de “*poderes jurídicos reconocidos abstracta y expresamente por el ordenamiento, que atribuyen a la Administración titular de los mismos una habilitación para desarrollar actuaciones ejecutivas concretas, productoras de efectos actuales o potenciales sobre la esfera de los administrados, en un ámbito más o menos determinado, tendentes a la satisfacción del interés general*”<sup>7</sup>. Baste citar que, cuando el ordenamiento jurídico ha necesitado enumerarlas –por ejemplo, en el caso de atribuir potestades a entidades instrumentales<sup>8</sup>– ha citado co-

---

dico y discontinuo, los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivos y similares, los relacionados con oficios, vigilancia, custodia, porteo, mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, los relacionados con artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los de expresión artística, los de servicios sociales, de protección y actividades de menores. Concluía la enumeración con los puestos que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, y los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivos y similares.

<sup>7</sup> En la definición que realiza un manual eminentemente práctico y lejos de toda intención dogmática como es el “Memento Administrativo Francis Lefebvre” (MELON MUÑOZ, Director, consultada la edición 2003/4, pág. 65).

<sup>8</sup> Además de una sectorial como la que corresponde para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, art.

mo tales las de autoorganización, fe pública, revisión de oficio de sus actos y acuerdos, gestión, recaudación e inspección de precios públicos y demás ingresos de derecho público no tributarios, autotutela y recuperación del dominio público; junto a ellas, es tradicional citar la potestad expropiatoria como potestad exclusiva de las Administraciones territoriales. Pero también podríamos acudir al Derecho Local para encontrar otra enumeración y así, el art. 4 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, reconoce como propias de las entidades locales las potestades reglamentaria y de autoorganización, tributaria y financiera, de programación o planificación, expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes, de presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos, de ejecución forzosa y sancionadora, de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, las de prelación y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, así como las de inembargabilidad de sus bienes y derechos. Aunque pudiera parecer pacífica esta enumeración, dada la intención de crítica del sistema que guía nuestras reflexiones, resaltamos que aparecen determinadas zonas sujetas a reflexión, y baste como mero ejemplo la que versa en relación con la contratación pública.

En cuanto a ésta –la contratación pública– cabalmente puede distinguirse entre aquellos actos de preparación y adjudicación del contrato administrativo y los de modificación, interpretación y resolución del mismo, distinción que –a los efectos que nos conciernen ahora– se traslada a la no exigencia de personal funcionario en estas fases previas<sup>9</sup>, sin duda alguna como consecuencia de la

---

8 del Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía. En el convulso panorama de la reordenación del sector público andaluz, tiene valor la cita de este Decreto por cuanto cuenta con Sentencias 26/2012 y 425/2012, de 16 de enero y 27 de febrero, ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga declaratorias de la legalidad de tales Estatutos. Además, los citados Estatutos tienen una cláusula de cierre en el sentido de que “la Agencia ejercerá las potestades administrativas necesarias para el cumplimiento de sus fines, en los términos establecidos en dicha Ley, en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, y en sus Estatutos, excluida la potestad expropiatoria”, excluida del ámbito de ejercicio por la Administración institucional por el art. 43 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y 117 Ley 9/2007, de 22 de octubre de Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>9</sup> Según el art. 320.3 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, “los miembros de la Mesa serán nombrados por el órgano de contratación. El Secretario deberá ser designado entre funcionarios o, en su defecto, otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación, y entre los vocales deberán figurar necesariamente un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario”.

extensión de los principios que las rigen a entidades que son poderes adjudicadores, pero que no tienen el concepto de Administración Pública según la propia norma sectorial (art. 3.2 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Sin embargo, resulta complejo poder explicar a un neófito (y más en los tiempos que corren) cómo la adjudicación de una concesión demanial supone un acto de ejercicio de potestades que requerirá –según lo que se analizará– la presencia de funcionarios, mientras que la adjudicación de una concesión de obra pública no tiene tal exigencia. Ciertamente, desde la dogmática imperante, existe una diferencia entre un acto unilateral de imperium y una relación contractual, pero a efectos prácticos y desde la óptica revisionista a que nos aboca la crisis social y económica que padecemos, el esquema de ambos es sumamente similar: el empleo de bienes o fondos públicos por parte de entidades públicas para que, con publicidad y concurrencia, entidades privadas operen (de forma lucrativa) en la construcción de una obra o la prestación de un servicio, por ejemplo, en el ámbito portuario, que es el que nos ocupa.<sup>10</sup>

No pretendemos con este ejemplo más que poner en evidencia el grado de convención social que está presente en la consideración de determinada actividad pública como potestad. Convención que requiere –como todo aquello sujeto a opinión– de una vía formal que otorgue la seguridad necesaria, en este caso, jurídica; vía formal que no es otra cosa que la fijación de estas categorías por Ley. Más allá de ello, nuestro deber es adentrarnos en la búsqueda del elemento común en todo ejercicio de potestad, máxime si nos movemos en el entorno de un Estado moderno en el que la actividad pública trasciende primero, de la específica de policía a la de fomento y después, muy acentuadamente, a la

---

<sup>10</sup> Al fin, la exigencia de funcionarios en proceso de adjudicación de una u otra no tiene otra razón que la huida del Derecho Administrativo en la contratación sostenida con fondos públicos mediante la intervención de entidades instrumentales privadas como práctica característica del conjunto de Administraciones Públicas españolas que ha dado lugar a las conocidas reformas de la normativa sectorial de contratación mediante la recepción del concepto material europeo del poder adjudicador. Esta práctica ha sido –como decimos– nota característica del empleo de fondos públicos sobre actividad privada a través del contrato, como no lo ha sido en otros ámbitos en los que sí se ha mantenido la gestión por órganos de la Administración y mediante la intervención de funcionario; como decimos, desde un punto de vista material y “a vuelo de calle” es la explicación más comprensible del porqué en unos trámites de los ejemplos contrapuestos hay reserva funcional y no en otros. De entre la amplia bibliografía al efecto, por centrarse en el estudio de la fase de adjudicación, traemos a cita GIMENO FELIU “Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación”, Edt. Civitas, 2003 y BALLESTEROS MOFFA “La adjudicación de contratos en el sector público”, Edt. Civitas, 2010.

de servicio público. Porque, como se indica por la doctrina<sup>11</sup> un acercamiento en exceso de detalle y cauto al concepto de potestades públicas, hace muy difícil marcar una línea no controvertida entre las labores de apoyo, auxilio y colaboración y las que supondrían el ejercicio de potestades reservados a funcionarios, toda vez que aún así, si podrían ser consideradas como participación indirecta del ejercicio de potestades. Y qué más decir de la expresión relativa a la “salvaguarda de los intereses generales” cuando es la razón de ser de toda Administración Pública lograr la consecución de los a ella atribuidos. Según vemos, se trata de fundamentar la distinción entre dos tipos de tareas públicas –actos de autoridad y los de gestión, lo cual que conduciría a la igualación de la norma administrativa con el concepto de prerrogativa, sobre la tesis de Hauriou–, encontramos una dificultad principal que supone la superación de este esquema (basado en la actividad de policía) con la aparición de la actividad de fomento y sobre todo, de la actividad de servicio público de la Administración.

En la búsqueda de los contornos de lo que sea el ejercicio de autoridad que sustancia la potestad, indica el Informe 8/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña<sup>12</sup> que *“lo que tiene que permanecer en manos de la Administración y que, en definitiva, constituye ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, es la actividad jurídica, la toma de decisiones vinculantes o las funciones decisorias con indiscutibles efectos sobre la esfera de los ciudadanos que implican el ejercicio de prerrogativas por parte de los poderes públicos. Específicamente, el ejercicio de la autoridad se referiría a potestades administrativas que se caracterizan porque suponen el ejercicio de decidir unilateralmente de forma abstracta (disposiciones) o, de forma específica (resoluciones), de manera que esta decisión produce efectos jurídicos obligatorios”*.

Pero tal poder de actuación general que la ley expresamente habilita a favor de la Administración Pública en forma abstracta (disposiciones) o específica (resoluciones), tiene una naturaleza transversal respecto del conjunto de las distintas formas de actividad de la misma. Queremos decir que encontramos potestades típicas en la actividad de policía –como la sancionadora–, o en la actividad de fomento –la potestad subvencionadora– que, a pesar de ser prototípicas de una y otra, también se muestran indispensables para desarrollar la actividad prestacional de servicio público, como pone de manifiesto la aplicación de ambas, por ejemplo, a la enseñanza obligatoria: las sanciones a los distintos miem-

---

<sup>11</sup> Por todos, ORTEGA ÁLVAREZ, Director, “El Estatuto Básico del Empleado Público”, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 2007.

<sup>12</sup> Sobre “Posibilidad de contratar un servicio de colaboración externo en la gestión de expedientes sancionadores por infracciones a la normativa de tráfico vial urbano”

bros de la comunidad educativa o la institución del concierto educativo, respectivamente. Por lo tanto, será difícil encontrar un común denominador en la comprensión de la transversalidad de la institución de la potestad, más allá del hecho de que el ejercicio de la potestad tiene que ver con la sumisión de la Administración Pública al Derecho Administrativo en el desarrollo de su capacidad de obrar jurídico-pública, en cualquiera de sus manifestaciones.

Por lo tanto, a la hora de reservar determinadas funciones a funcionarios públicos, la llamada a un concepto que en el subconsciente jurídico pasa por ser claro y definido –la potestad– en la práctica se revela como algo mucho más complejo y difícil de utilizar a modo de llave inglesa universal. Es por lo que, llamados a la comprensión de la reserva a funcionarios del art. 9.2 EBEP en el complejo escenario de la delimitación de lo que sea, en la práctica, una potestad, debemos traer a colación la normativa europea como herramienta hermenéutica esencial.

El art. 45 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Funcionamiento de la Unión Europea establece la libertad de circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad con una única excepción constituida por los empleos en la Administración Pública. Mas, dada la tendencia proteccionista de cualquier Estado miembro a favor a sus propios nacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido –Sentencia de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, Comisión vs. Bélgica– una interpretación restrictiva de dicha excepción, en el sentido de admitir la reserva de empleo público a los nacionales de cada Estado respecto de los puestos de trabajo que impliquen *“una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y demás Entidades Públicas”*, dicción que es la que se transcribe al art. 9.2 EBEP para instaurar el régimen de reserva y al art. 57 del mismo Estatuto como límite al acceso de nacionales de Estados miembros *“como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos (...) A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 –esto es, Grupo A, B y C– a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados”*. Dicho lo cual, en teoría habría puestos de funcionarios que sí podrían ser desempeñados por no nacionales, precisamente los que no tienen relación directa o indirecta con potestades ni en la salvaguarda de los intereses generales<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> A estos efectos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 23 de febrero de 1994 –asunto C-419/92– dice: *“que el artículo 48 del Tratado CEE debe ser interpretado en el sentido de que, cuando un organismo público de un Estado miembro prevé, con ocasión de la contratación de personal para cubrir puestos que no*

Como indica SÁNCHEZ MORÓN<sup>14</sup> “que la interpretación correcta del art. 9.2 EBEP es la que coincide con el ejercicio de aquellas funciones públicas excluidas del principio de libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea lo confirma el hecho de que el art. 57.1 EBEP utiliza prácticamente los mismos conceptos —empleos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas— para excepcionar el derecho en condiciones de igualdad de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea a la condición de funcionario en España. Obviamente, la interpretación de estos mismos conceptos debe ser coincidente, a ambos efectos, el del art. 9.2 y el del art. 57.1. y como también es evidente a efectos de lo dispuesto en este último, no puede dejar de atender a los criterios de la jurisprudencia comunitaria y su aplicación en nuestro país”.

El que la matriz de nuestro modelo de empleo (también público) radique en la esencia del principio de libertad de circulación de trabajadores, otorga importancia principal a la concreta aplicación que el Tribunal de Justicia realiza del mismo. Como indica GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ<sup>15</sup>, “es evidente que la delimitación entre funciones administrativas que implican ejercicio de poder público (y que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas) y funciones que no implican dicho ejercicio podrá no ser siempre fácil. Pero no por ello puede considerarse desacertada, en mi opinión la línea jurisprudencial seguida por el TJ-CE. Precisamente, es una típica o característica función judicial la de ir delimitando, en caso de conflicto, los casos que caen dentro o fuera del referido criterio funcional”. Así el citado autor recuerda la labor de jurisprudencia del caso que realiza el Tribunal, cuando —por ejemplo— considera que son propios de la excepción de reserva a nacionales del antiguo art. 48.4 TCE los empleos de Inspector Jefe de Oficina

---

están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una Administración pública, dicho organismo no puede efectuar distinciones, respecto a los nacionales comunitarios, en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en la Administración pública de ese mismo Estado miembro o en la de otro Estado miembro”.

<sup>14</sup> “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Sánchez Morón Director, Edt. Lex Nova, pág 92. sin embargo, BOLTAINA BOSCH (“La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos. Especial referencia al personal laboral”, Instituto Aragonés de Administración Pública) entiende que “Ello nos permite plantear dos consideraciones como conclusión: en primer lugar, que el art. 9.2 del EBEP debe interpretarse de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional español, y no con los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y en segundo término, que las leyes de desarrollo tanto estatales como autonómicas (art. 9.2 in fine y art. 11.2 del EBEP), al momento de instituir los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, aunque pueden asumir un margen ciertamente amplio, no deben sobrepasar los límites que la referida jurisprudencia constitucional ha fijado”.

<sup>15</sup> “El Derecho Administrativo Europeo”, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2000, pág. 120.

Técnica, Inspector principal, Inspector de Trabajo Vigilante nocturno y Arquitecto de la Administración municipal de Bruselas y Auderghen (STJCE de 26 de mayo de 1982, asunto 149/79)<sup>16</sup>. Igualmente descriptiva, aunque en el sentido opuesto, la Sentencia de 2 de julio de 1996 (asunto C-173/94) afirma que en los sectores de distribución de agua, gas y electricidad, la mayoría de los puestos de trabajo están alejados de las actividades específicas de la Administración pública, en la medida en que no implican una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las demás entidades públicas, en el caso de autos, organismos públicos institucionales.

A raíz de ello, la interpretación extensa de la reserva establecida por el art. 9.2 EBEP es insostenible en el modelo actual de Administración Pública, por cuanto que es cabalmente imposible definir qué actividad de la Administración se realiza sin que intervenga una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública. Como acertadamente dice CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS<sup>17</sup>, “*lo que sí resulta evidente es que cae fuera de toda lógica jurídica una interpretación literalista del precepto, pues bajo dicha óptica, el artículo en sí mismo no tendría sentido, pues resulta difícil imaginar qué actuación de un empleado público en última ratio no ha de tener una participación indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales, dando por lo tanto en este punto entrada a cualquier subjetividad en la materia. Parece por tanto más adecuado, adoptar una interpretación lógica y sistemática, que nos permita comprender el precepto en forma adecuada. Para ello contamos con dos parámetros fundamentales: El imperativo del artículo 103 de la Constitución y la necesidad de respetar el principio de libre circulación de trabajadores en el Derecho Comunitario, acudiendo a la interpretación que sobre dicho mandato comunitario y su excepción, ha desplegado la Jurisprudencia comunitaria*”.

Por consiguiente, la reserva a funcionarios debe ser interpretada desde la óptica del principio de libre circulación de los ciudadanos europeos, lo cual

---

<sup>16</sup> “*En consecuencia, procede declarar que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE, al imponer o permitir que se imponga el requisito de nacionalidad para el acceso a los empleos de que se trata (...) excepto los empleos de «contrôleur chef de bureau technique», «contrôleur principal», «contrôleur des travaux», «contrôleur des inventaires» y «eilleur de nuit» de la administración municipal de Bruselas, y de «architecte» de las administraciones municipales de Bruselas y de Auderghem*”. Especialmente importante resulta la opinión respecto de funciones inspectoras por cuanto que las mismas suelen conllevar dos de las actividades que son lugar común a la hora de reservar a personal funcionario: la fe pública (a través de las actas) y la instrucción de procedimientos sancionadores, como manifestación del ius puniendi. Un certero comentario de esta y otras sentencias se realiza por IGLESIAS SÁNCHEZ en “La libre circulación de extranjeros en la Unión Europea. El régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración”, Edt. Reus 2010.

<sup>17</sup> Revista Aranzadi Doctrinal num. 11/2011 parte Comentario. Edt. Aranzadi, SA, 2011.

conduce a una interpretación restrictiva del art. 9.2 EBEP. Afirmamos que el acento no debe estar tanto en si se interviene en el expediente administrativo en cualquier forma que se relacione directa o indirectamente con el ejercicio de potestades, sino que tal acento debe recaer sobre los trámites que, dentro de los expedientes típicos de ejercicio de cada potestad, deben quedar reservados a personal funcionario. Dada la estructura actual de empleo público<sup>18</sup>, no imaginamos los efectos que tendría sobre el mismo y sobre el ordinario estándar de funcionamiento de las distintas Administraciones Públicas, la reserva a personal funcionario de todas y cada una de las intervenciones –ya sean auxiliares o de apoyo<sup>19</sup> ya sean sustantivas– en los trámites que realice una Administración en materias como la autoorganización, sancionadora (incluyendo la disciplinaria), expropiación, de dominio público (en sus diferentes ramas de investigación, deslinde, protección y recuperación), de otorgamiento de subvenciones y ayudas públicas, tributaria o reglamentaria (incluyendo la de aprobación de planes), entre otras.

En la tesis de hacer una interpretación del art. 9.2 EBEP lógica con la estructura administrativa española, deberemos de atender a una exégesis que cuente con que la esencia misma de la potestad, según lo dicho, reside en una “*expresión de supremacía administrativa por razón del interés general*” (STS 20 de marzo de 1995), que habilita –como dice la doctrina– para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas de forma unilateral y coactivamente. Por tanto, habrá que determinar, en cada uno de los procedimientos que conforman cada una de las potestades, qué trámites traducen esta supremacía y cuales son meramente accesorios de la misma. Aquí está la (única, a nuestro entender) interpretación posible: reconducir el requisito de actividad administrativa al detalle de trámites (por tanto, no todo el procedimiento de ejercicio de la potestad) que

---

<sup>18</sup> Según datos del Registro Central de Personal de enero de 2010, un 21'4% de los empleados públicos de la Administración General de Estado es laboral, porcentaje que baja al 11.1 en el conjunto de las Comunidades Autónomas y sube al 60.4 en las Corporaciones Locales. Refiriéndose este Registro al personal de las distintas Administraciones Generales, habría que sumarle el de las entidades instrumentales de cada una de ellas.

<sup>19</sup> Respecto de la posibilidad de que las funciones de asistencia a funcionarios en el ejercicio de potestades públicas, es interesante el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 52/09, de 26 de febrero de 2010 que concluye que “*El ejercicio de las facultades de inspección de los tributos queda reservado a los funcionarios públicos por el artículo 142 de la Ley General Tributaria y por ser susceptible, cuando dé lugar a una sanción, de considerarse una concreción del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Ello no obsta para que las Administraciones Públicas puedan contratar servicios de asistencia y apoyo administrativo y técnico a los funcionarios que ejercen estas facultades, siempre y cuando tengan un contenido económico, esto es, impliquen prestaciones susceptibles de valoración económica*”. Con más razón, cómo no será ajustado a Derecho que funciones, tareas o actuaciones en general relacionadas indirectamente con el ejercicio de una potestad, puedan ser realizados por personal laboral de la propia Administración o de sus entidades instrumentales.

sean sustantivos de la posición de supremacía y por consiguiente, que directamente –y no indirectamente– la conformen. En este sentido se pronuncia SÁNCHEZ MORÓN<sup>20</sup>: *“desde un punto de vista jurídico, tampoco es fácil interpretar qué se entiende a estos efectos como funciones que impliquen ejercicio de autoridad, ya que no existe una definición legal de las mismas. No obstante, está claro que son funciones de esa naturaleza las que conllevan la potestad de dictar actos administrativos de obligado cumplimiento o actividades de inspección e instrucción de expedientes de carácter sancionador o limitativos de los derechos de los ciudadanos. El ejercicio de autoridad es en sí una actividad a la que los ciudadanos en general están sujetos en virtud de la ley, con independencia de su voluntad. El ejercicio de otras actividades públicas, inclusive las meramente auxiliares de aquellas o las que consistan en la prestación de servicios al público, no requiere que sean reservadas a funcionarios”*.

Tal y como se ha hecho por las instancias europeas, en nuestro país, los órganos judiciales y consultivos se han pronunciado sobre ámbitos sectoriales de la actividad administrativa que –en opinión de cada cual– suponen funciones que deben quedar reservadas a funcionarios. Así el ya mencionado Informe 8/2009, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, con apoyo en la DA 2ª EBEP, considera como ejercicio de autoridad reservado, la función de inspección administrativa, *“no como actividad administrativa de carácter material, técnico e instrumental, falta de valoraciones o de decisiones vinculantes, sino como técnica de control y, en general, como actividad de policía o de control que se concreta en actas que están dotados de eficacia jurídico-pública”*. En similar línea, la STSJA de 10 de mayo de 2001 sostiene que *“el ejercicio de la actividad de inspección y control respecto del cumplimiento de condiciones de subvenciones comunitarias, supone el ejercicio de potestades administrativas, que se encuentra reservadas a funcionarios públicos, no pudiéndose encomendar a personas que carezcan de dicha condición”*<sup>21</sup>. En sentido concurrente, la Jurisprudencia (cfr. entre otras, SSTS de 26 de enero de 1990, de 5 de marzo de 1993 y de 27

<sup>20</sup> Op. cit. pág. 73.

<sup>21</sup> Bien está que atendamos a lo que nos dice la STS de 24 de noviembre de 2009 al enjuiciar los Estatutos de la Empresa de Gestión de Medio Ambiente de Andalucía (EGMASA), en su FJ 6ª *“(…) En la nueva configuración del objeto social se prevé expresamente que la Empresa pueda desarrollar algunas actividades que tradicionalmente eran desempeñadas, de manera directa, por la Administración, y que en algunos casos, dependiendo de su ejercicio, supone el desahogamiento de ésta, y por tanto de sus funcionarios, de facultades que implican el ejercicio de potestades públicas, si bien así será según se desarrolle ese objeto social. El texto del artículo 2.1 del Decreto declara que se incluye dentro del objeto social en general « la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente » y, a continuación, enumera un amplio listado de actividades a desarrollar como parte de dicho objeto societario. Dentro de ese objeto social, la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no han de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así.” “(…) Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de auto-tutela, de*

de junio de 2000 o STSJA de 13 de octubre de 1999) ha reservado a funcionarios la función recaudatoria de fondos públicos<sup>22</sup>. Estas especificaciones tienen importancia a los efectos de esta ponencia, por cuanto la inspección, la potestad sancionadora y la tributaria son funciones de primerísima importancia en el ámbito portuario.

Como se observa, cada vez nos adentrarnos más en un bosque lleno de situaciones particulares, de casuística muy lejana a la posibilidad de definiciones generalistas que encierren una solución válida para todo supuesto práctico. Y ésta es la dificultad en que el Legislador nacional en ejercicio de competencia básica, se ha puesto a sí mismo (en su círculo de competencia exclusiva por autoorganización) y a los Legisladores autonómicos a la hora de desarrollar el art. 9.2 EBEP.

Afrontando tal tarea, la fórmula para resolver el problema que halla el Legislador Estatal aparece en el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores. Según su art. 4, se exige la posesión de la nacionalidad española (y esto es lo importante) *“al implicar una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses de los Estados o de las Administraciones públicas”*

---

*recuperación y la imposición de sanciones, cuya tramitación corresponde a los funcionarios públicos y a los Agentes de Medio Ambiente en particular; las «actuaciones necesarias» para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias pueden suponer la atribución de terrenos al dominio público con importante incidencia en la propiedad privada de los particulares, dada la presunción posesoria y demanial a favor de la Comunidad Autónoma (Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias), la gestión y planificación de montes o espacios naturales no podrá afectar legítimos derechos de terceros, como tampoco EGMASA podrá aprobar planes o programas de caza en terrenos que no sean de su titularidad. Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas: la protección y defensa del dominio público nunca podrá implicar el ejercicio de potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, como tampoco, dentro de “las actuaciones necesarias”, EGMASA podrá aprobar los expedientes administrativos de clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero sin que gocen de presunción alguna las actas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma”.*

<sup>22</sup> Asimismo, podrían traerse como ejemplo, entre otras tantas, la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social), de 17 septiembre al afirmar que el ejercicio de las potestades públicas inherentes a la labor de inspección queda reservada por la Ley de Seguridad Aérea a los funcionarios de carrera, o la STSJ de Andalucía, de 7 abril 2011 que, en relación con la atribución al personal laboral de la tramitación y resolución de los procedimientos de subvenciones regulados por el derecho administrativo, considera que existe vulneración de normas de rango superior en tanto el otorgamiento de subvenciones requiere de potestades administrativas para tramitar y resolver el procedimiento y, en su caso, imponer sanciones y obtener el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, siendo éstas, funciones reservadas a funcionarios

para el acceso a determinados Cuerpos y Escalas, que podríamos agrupar de la siguiente forma:

- aquellos que tienen por objeto asesoramiento jurídico preceptivo (como es la Abogacía del Estado, los Letrados de la Seguridad Social o los Secretarios de Administración Local con habilitación nacional)
- los que ejercen funciones de intervención sobre fondos públicos (y así, Interventores y Auditores del Estado o Interventores de Administración Local con habilitación nacional)
- quienes ejercen funciones de inspección en diversos ámbitos materiales (de la Hacienda, de la Administración sanitaria, de trabajo y seguridad social, de seguros)
- los relacionados con determinadas manifestaciones del ejercicio de policía y defensa (ayudantes de instituciones penitenciarias, vigilancia aduanera, los relacionados con los arsenales de la Armada, determinados relacionados con la seguridad nuclear y la protección radiológica)
- los que encarnan la representación del Estado en el extranjero (carrera diplomática).

En el lado del desarrollo autonómico podemos encontrar modelos muy dispares. Echando una ojeada a leyes que se han dictado con posterioridad al EBEP –y por lo tanto, en su desarrollo, al menos teóricamente– en un extremo, se sitúan leyes de Función Pública que recogen como reserva a funcionarios una dicción similar a la del art. 9.2 EBEP, como ocurre con el art. 15 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, cuyo apartado 3 dispone que *“El personal funcionario de carrera desempeñará las funciones que se atribuyen a los puestos clasificados con dicha naturaleza según el título IV de la presente Ley y, en todo caso, y con carácter exclusivo, aquellas cuyo ejercicio implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales”*, no pudiéndose avanzar mucho más (art. 23.2) que decir que *“pertenecen a los cuerpos del sector de administración general los que tienen atribuidas funciones comunes en el ejercicio de la actividad administrativa, incluidas las de gestión, inspección, asesoramiento, control, ejecución y otras similares, relacionadas con aquella”*.

En el extremo opuesto, el art. 6 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha al considerar funciones reservadas al personal funcionario las que, incluyendo *“las directivas, impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales”*. Entendiendo por tales las contenidas en una enumeración tasada que comprende la instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en pro-

cedimientos administrativos; la inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas; la emanación de órdenes de policía; el control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria; la contabilidad, y tesorería, la fe pública, la recaudación; la inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos y el asesoramiento legal preceptivo. En cualquier caso, el Legislador de Castilla-La Mancha prevé que tal enumeración tenga carácter mínimo, ya que las distintas Administraciones públicas de tal Autonomía pueden incluir en la relación de puestos de trabajo reservados al personal funcionario, puestos de trabajo que tengan asignadas funciones distintas de las citadas. Esta detallada regulación se completa con una afirmación en el sentido de considerar que las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales<sup>23</sup>.

Si atendemos a la normativa autonómica que, estando aún hoy vigente, es anterior al EBEP, se repite una experiencia similar. Existen normas como la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears (anterior, pero prácticamente coetánea al EBEP), que incluyen un desarrollo más amplio. Su art. 14.3 reserva al personal funcionario *“de carrera los puestos de trabajo y las funciones cuyo cumplimiento implica ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, los de contabilidad y tesorería, los de carácter técnico y administrativo, los que comportan jefatura orgánica”*, cerrando el precepto una cláusula general respecto de aquellos que en concreto se reserven *“para una mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función, así como los que implican una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales de la comunidad autónoma”*. Similar enfoque guarda el art. 14.3 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León al reservar al personal funcionario el *“desempeño de puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control interno de la gestión económico-financiera y presupuestaria, contabilidad y tesorería así como cualesquiera otros que supongan el ejercicio de una función pública”* o aquellos que así particularmente proceda reservar por similares razones que la ley balear.

---

<sup>23</sup> Como mero anteproyecto, el de Canarias en su versión de 14 de octubre de 2010, art. 10 resulta interesante porque llega a describir las funciones que implican potestades y así, *“Conlleva el ejercicio de potestades públicas el desempeño de los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad, fe pública, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria, contabilidad, tesorería y recaudación”*. Asimismo, la Xunta de Galicia realiza en el año 2008 un estudio de la cuestión (*“Documentos para la reforma de la función pública”*, pág. 48) orientándose en similar sentido a normativas ya citadas.

Pero también hay leyes que, en un sentido distinto, sobre la base del art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública –por cierto, cuya vigencia mantiene el EBEP hasta que se produzca su desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas– afirman la general reserva a funcionarios y que detallan (en cumplimiento de la doctrina constitucional) los puestos que pueden ser desempeñados por laborales, como ocurre con el art. 3.3 de la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja<sup>24</sup>.

El caso andaluz está, aún, por resolver, al no haberse dictado el correspondiente desarrollo del EBEP y continuar vigente la –ya muy lejana– Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, la cual (art. 12.2) no contiene más detalle que la genérica invocación a que “(...) *con carácter general, los puestos de trabajo de la administración de la Junta de Andalucía y de sus organismos autónomos, serán desempeñados por funcionarios públicos*”, si bien se exceptúan de tal regla, siendo adscribibles a personal laboral, puestos relacionados con oficios en los mismos términos que los expuestos a que hace referencia la Ley de La Rioja. Ante tal necesidad, tendremos que hacer mimbres con otras normas concomitantes y así, el artículo 69 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, en la redacción dada al mismo por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, determina que en las Agencias Públicas Empresariales las funciones que se deriven del ejercicio de potestades administrativas, atribuidas expresamente por los respectivos estatutos a determinados órganos, deberán ser ejercidas por personal funcionario.

Por su parte, los artículos 71 y 74 de la mencionada Ley 9/2007, se pronuncian en términos similares, reservando las funciones que impliquen ejercicio de autoridad a su desempeño por personal funcionario. Asimismo, la disposición adicional quinta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, establece que los puestos de trabajo que tengan asignadas tareas de dirección que estén relacionadas con el ejercicio de potestades públicas, serán desempeñados, en todo ca-

---

<sup>24</sup> Puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como las de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas; los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, expresión artística, protección de menores y servicios sociales, los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño y los trabajos de naturaleza no permanente para la realización de actividades específicas de carácter ocasional o urgente dirigidas a satisfacer necesidades de carácter periódico o discontinuo.

so, por personal directivo que tenga la condición de funcionario de carrera o por quienes sean nombrados por el Consejo de Gobierno como gerentes o jefes de personal de las agencias. Por último, y con carácter general, la disposición adicional sexta de la citada Ley 1/2011, también establece que el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos en los términos establecidos en la legislación en materia de función pública. Claro está que con ello no se solucionan los problemas existentes, puesto que sigue sin definirse cuáles sean estas funciones públicas<sup>25</sup>.

Por su parte, el estado de la cuestión en la esfera Local queda definido por la DA2ª EBEP, la cual, de manera coincidente con el citado art. 92 LBRL reserva a funcionarios públicos las funciones que “*impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería*”. Junto a ello se definen como funciones públicas “*necesarias en todas las Corporaciones Locales*” cuya “*responsabilidad administrativa*” está reservada a funcionarios con habilitación estatal, “*las de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo*” y “*el control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación*”. Como se observa, una doble reserva; un núcleo más amplio que incluye la reserva a funcionarios (no necesariamente con habilitación estatal) de las funciones de autoridad, y un círculo comprendido en el anterior, que reserva a tales funcionarios con habilitación estatal la Secretaría y la Intervención, con sus distintas funciones. Debe subrayarse, no obstante, que el EBEP no deroga las previsiones del título X de la LBRL sobre el régimen de los municipios de gran población y en concreto del art. 122 al disponer que quedan reservadas a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional –entre otras– funciones de redacción y custodia de las actas, expedición de las certificaciones de los actos y acuerdos que se adopten, la asistencia al Presidente del Pleno en las sesiones y el asesoramiento legal al Pleno y a las comisiones, el cual es preceptivo en los supuestos que se concretan en la propia norma<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Un amplio estudio de las medidas de reorganización del sector público (con una especial mención del andaluz) en el contexto general de la crisis económica se realiza por MONTOYA MARÍN en la Ponencia “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, presentada al VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo dedicada a “Estructuras administrativas y racionalización del gasto”, celebradas en Tarragona en febrero de 2012.

<sup>26</sup> La cuestión tiene –lógicamente– otra dimensión en el ámbito de la Administración Institucional, donde existe una prohibición de que las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público ejer-

Según lo visto, podemos decir que existe una posición dominante que refleja la existencia de una especie de “núcleo duro” de lo que haya de entenderse por este tipo de funciones reservadas, núcleo compuesto por la fe pública, el asesoramiento legal preceptivo, el control de la actividad financiera y económica. Desde un punto de vista del procedimiento administrativo, estamos haciendo referencia a las fases de informe (jurídico y económico-financiero, con independencia de su efecto vinculante o no) y a la fe pública, hecho éste ligado, esencialmente, a la llevanza de Registros públicos y la actividad inspectora. Pero hay otra fase o trámite especialmente importante en toda decisión administrativa como es la propuesta de resolución, que aparece en alguna reciente legislación autonómica de desarrollo y que –creemos– supone el salto de calidad en la reserva funcional. Porque la propuesta de resolución es el documento que aglutina los diferentes pronunciamientos técnicos habidos en la fase de informe y la valoración que merezca el trámite de audiencia o/y de información pública, desde un enfoque que, necesariamente, introduce elementos de oportunidad. Es un trámite transversal en el conjunto de procedimientos y –por ende– ubicarla en el ámbito de la reserva a funcionarios supone un elemento decisivo a la hora de poder dar una respuesta de peso como discurso razonable ante las posiciones extremas que defienden la reserva a funcionarios literalista del art. 9.2.

Una vez expuesto el panorama general –sucintamente, pues quedamos exonerados de mayores esfuerzos, ante la abundante bibliografía que ya existe sobre la materia– debemos concretar nuestra tesis. Abogamos por una interpretación del art. 9.2 EBEP no literal sino teleológica, desde la consideración de

---

zan potestades (arts. 52.3 y 75.2 Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía, o DA 12 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado). Con ello, el problema en la búsqueda de una razón lógica a la reserva de funcionarios no ha venido tanto por la ilegalidad de aquellos casos en que este tipo de entidades han ejercido indebidamente potestades, sino por la extensión que determinados pronunciamientos han hecho acerca de qué sean tareas de imposible realización por el personal laboral de estas instrumentales por quedar reservadas a funcionarios, dada su consideración de potestad. Como ejemplo, bien vale la STSJA 25 de mayo de 2009 que versa sobre la encomienda realizada por el Servicio Andaluz de Empleo a una fundación de mano pública (Fundación Andaluza para la Formación y el Fomento del Empleo) para la “*gestión del seguimiento de las acciones formativas desarrolladas mediante contratos programas para la formación continua dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía*”. Afirma la Sala que “*En fin, la verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante o la verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea o la comprobación del grado de realización del plan y el nivel de coherencia entre lo solicitado, lo aprobado y lo ejecutado, comportan igualmente, para que sean eficaces en sí mismos, algún tipo de ejercicio de potestades administrativas*”. Lógicamente, la definición de qué sean funciones reservadas a funcionarios puede realizarse de manera directa o indirecta, como realiza la sentencia transcrita, razón por la cual cobran importancia este tipo de pronunciamientos.

que lo que procede es señalar en cada uno de los procedimientos en los que se sustancian las distintas potestades, aquellos trámites o funciones que son cruciales en la conformación de la voluntad administrativa susceptible de ser impuesta coactivamente a los terceros. Así, estamos del lado de aquellas leyes autonómicas de desarrollo que contienen enumeraciones de funciones que, aún desde la generalidad de las mismas, permitan traducir en cada tipo de procedimiento los trámites que sustancian el ejercicio del poder público. El problema, claro está, viene dado por el particular perfil que cada una de las potestades manifiesta según sea la naturaleza de la acción pública, y así según se trate de actividad de policía, de fomento o de servicios y dentro de éstos, del alcance y naturaleza de la publicatio.

En esta tarea, pudiéramos apoyarnos en el último inciso del art. 92.2 LBRL, declarado conforme a la CE por STC 37/2002 cuando admite la reserva a funcionarios de funciones para las que así lo requiera “*la mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia*”. No es hora de entrar en el debate de si estas notas son características exclusivas del personal funcionario<sup>27</sup>, sino de desligar de las funciones públicas, aquellas que implican autoridad: como indica CANTERO MARTÍNEZ<sup>28</sup> “*el tipo de funciones o cometidos que exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho y que por ello precisamente adquieren relevancia las notas de objetividad, imparcialidad e independencia*”, de lo cual extrae la autora que ello supone la reserva de “*aquel tipo de actividad administrativa que se exterioriza a través de un acto administrativo y que implica además el ejercicio frente a terceros de prerrogativas o poderes exorbitantes a los que posee cualquier sujeto privado*”.

Más allá de ello, consideramos que es materialmente imposible que las leyes de desarrollo del EBEP contengan una enumeración exhaustiva —procedi-

---

<sup>27</sup> Es un lugar común en el foro y en el debate social que el principio de objetividad y la independencia son exclusivas del personal funcionario. Por nuestra parte, entendemos que en un modelo puro de relaciones estatutarias contrapuesto a un modelo puro de relaciones basadas en un contrato laboral, es bien cierto que la el nombramiento origina un estatuto de sujeción especial que prima la permanencia en el empleo por contraposición al contrato laboral, sujeto a muy diversas causas de extinción. Sin embargo, como dice PÉREZ SIBON (“El personal laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público: régimen legal y lagunas” [www.cositsevilla.org](http://www.cositsevilla.org)) el modelo a que se ha llegado en el común de Administraciones Públicas es un modelo mixto, que llena la relación estatutaria de notas y caracteres propios de la laboral (como ejemplo, la negociación colectiva) y la laboral de prácticas propias de la estatutaria, como es la movilidad de tales trabajadores.

<sup>28</sup> “Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional)” (Ponencia presentada al VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, Vitoria 9 al 11 de junio de 2010).

miento a procedimiento— de estos trámites o funciones reservados a funcionarios. Máxime cuando queda vedado que sea en sede reglamentaria donde se resuelva la cuestión, según la doctrina constitucional que ya expusimos. Es por ello que, desde la generalidad del listado de funciones o trámites conformado en los términos dichos, deberá realizarse siempre una labor hermenéutica y de aplicación del Derecho al supuesto concreto de que se trate.

En todo caso, se trata de una cuestión que debe abordarse por cada Comunidad Autónoma con carácter prioritario, sin que sea responsable el no hacer en que están sumidas la mayoría de ellas (entre ellas, la andaluza), aunque se invoque como amparo de esta inactividad el régimen que recoge la Disposición Transitoria Segunda del EBEP. Según la misma “*El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.*”. Desde nuestra perspectiva, esta habilitación transitoria debe ser interpretada en sus justos términos, no valiendo como panacea eterna. En efecto, el precepto que nos ocupa tiene como principal misión permitir el funcionamiento de la actividad pública, la prestación de servicios hasta en tanto se proceda a culminar el proceso de desarrollo del principio de reserva funcionarial en cada Comunidad Autónoma, y no establecer un derecho personal de quienes son laborales fijos, al ejercicio de funciones reservadas a funcionarios sine die. En cualquier caso, incluso la situación transitoria, en su correcto entendimiento, debe quedar sujeta la previa determinación de qué funciones son propias de funcionarios, con lo que —de nuevo— volvemos sobre la cuestión central: la necesidad de que por los Legisladores autonómicos se aborde el desarrollo del art. 9.2 EBEP.

De otro lado, la forma que tiene la propia Disposición de dar solución de continuidad al desempeño por tales personas de aquellos puestos o funciones, pasa necesariamente por procesos de funcionarización, al menos en un planteamiento de corte general: “*Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso—oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.*”.

En un sector en el que existe un muy importante porcentaje de empleados públicos sujetos por relación laboral, como es el portuario (autonómico, por lo que después se estudiará), son, pues, dos las vías para abordar la complica-

da situación con visos de permanencia, más allá de la contingencia que supone todo régimen transitorio: la funcionarización de tal personal laboral o la cobertura de dichos puestos por personal funcionario en su calidad de tal. Y decimos ello porque, obviamente, no podrá darse por cumplido el requisito del art. 9.2 EBEP en el caso de personas funcionarias en excedencia, incluso en excedencia por sector público. Es en este sentido donde la normativa andaluza ha actuado mediante la figura de la adscripción funcional de personal funcionario a la realización de funciones por Agencias Públicas Empresariales (como es la de Puertos de Andalucía, como ejemplo propicio del ámbito en que se mueven estas Jornadas): el art. 69.3 de la Ley 9/2007 dice que *“en el caso de que se trate de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, podrá llevarlas a cabo, bajo la dirección funcional de la agencia pública empresarial, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. A tal fin, se configurarán en la relación de puestos de trabajo correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la agencia pública empresarial”*. Esta posibilidad tiene sus sombras y luces, que vienen dadas por el éxito en la integración del personal funcionario en las dinámicas y procesos de actuación de las Agencias, como Administraciones con caracteres de funcionamiento propios. En cualquier caso, la convivencia entre personal laboral y funcionario es una constante en el seno de las diversas Administraciones Generales, tanto la Estatal, como las Autonómicas y las Locales, por lo que la fórmula no debiera ofrecer otros problemas que los ya tradicionales.

Como conclusión de lo dicho, nuestra apuesta supone la reserva a personal funcionario de determinados trámites y funciones que actúan como “cuello de botella” del conjunto de actuaciones de empleados públicos en el ejercicio de potestades por la Administración a la que pertenecen o se adscriben. Podríamos decir que con carácter transversal, estas funciones deben ser las de fe pública (en sus diferentes manifestaciones, y así la llevanza de Registros Públicos o el levantamiento de actas de inspección), el asesoramiento legal preceptivo, la fiscalización económico-financiera (en sus diferentes aplicaciones) y la realización de las propuestas de resolución. Y, con carácter particular por ser manifestación del ius puniendi, añadiríamos la instrucción de expedientes sancionadores. Aunque este listado necesariamente debe cruzarse con las concretas aplicaciones de las potestades a cada ámbito de actividad administrativa, de lo que resulta la importancia de pronunciarnos en relación con el sector portuario.

### III. EN PARTICULAR, DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO PORTUARIO

En el desarrollo de el tema que nos ocupa y cuando parecía que la cuestión estaba ya centrada —aún con falta del completo desarrollo autonómico— como consecuencia de la imposición de una regla de general aplicación, de carácter horizontal para el común de actividades públicas de toda Administración Pública, nos enfrentamos a una “especialidad” en la aplicación del EBEP (así la califica la propia ley) de enorme calado. Nos referimos a la modificación de la Disposición Adicional vigésimo sexta de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, en términos que recoge asimismo el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su Disposición Adicional vigésima tercera: “*No será de aplicación al personal de los organismos portuarios lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 9 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*”. Varias cuestiones nos suscita esta norma, algunas relacionadas con la coherencia del sistema normativo y otras tantas con aspectos prácticos en su aplicación. Comencemos por estos últimos.

La intención queda clara en relación a excepcionar la aplicación del art. 9.2 del EBEP al ámbito portuario. Pero para conocer el verdadero alcance de la misma, debemos analizar qué sean los “organismos portuarios”, como sujeto al que se refiere el precepto cuya glosa nos ocupa. La única interpretación que cabe realizar es la que entiende por tal al Organismo Público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias. Debemos recordar que estamos en sede de autoorganización, donde la Administración General del Estado dispone en términos domésticos. Por lo tanto, en sí mismo, su supuesto de hecho no comprende las entidades instrumentales autonómicas con competencias o funciones de gestión de puertos que no sean de interés general del Estado. Ello es así porque la distribución de competencias que los arts. 149.1.20 y 148.1.6 CE realizan sobre la materia no pivota sobre la atribución de la misma en bloque al Estado, sino que el elemento decisivo es el interés general del puerto: tanto la Administración General del Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencia en materia de puertos, según sean éstos<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Puede consultarse, entre otros, NAVAJAS REBOLLAR (“Régimen Jurídico-Administrativo de los puertos”, Edt. Marcial Pons, 2000, págs. 28 y ss) o SÁNCHEZ BARILAO (“Puertos y aeropuertos”, en la obra “Reformas estatutarias y distribución de competencias”, Dir. BALAGUER CALLEJÓN; Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007, págs. 625 y ss).

Por consiguiente, el problema se ciñe al alcance de las funciones que directa o indirectamente supongan el ejercicio de potestades a los efectos del art. 9.2 EBEP, respecto del común de estas entidades autonómicas, lo cual nos abre otras dos interrogantes: ¿es posible una aplicación supletoria de tal norma estatal?; ¿cabe que por ley autonómica se excluya la aplicación del art. 9.2 EBEP a sus propios organismos portuarios?.

El primer escenario que planteamos nos sitúa en la órbita del art. 149.3 CE. Conocemos que la cláusula de supletoriedad no puede ser entendida como “una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualquier materia a favor del Estado” (STC 15/1989, de 26 de enero), y que el alcance de esta cláusula ha quedado ajustado tras la muy glosada STC 61/1997, de 20 de marzo, en relación con la materia de urbanismo. Pero ocurre que en el caso que nos ocupa no se trataría de que por la Administración General del Estado se invocase tal cláusula en pos de la aplicación de su propia normativa a las Comunidades Autónomas, sino una propia invocación por parte de éstas ante la laguna existente en su propio ordenamiento jurídico.

Nuestra opinión es contraria a la aplicación supletoria del régimen “especial” de los organismos autónomos portuarios para con los correspondientes de las Comunidades Autónomas. Nos explicamos: a pesar del calificativo empleado por el Legislador nacional, no creemos que se haya configurado un régimen “especial” sino “excepcional” y en un doble sentido: es excepcional porque inaplica (excepciona) el régimen general del art. 9.2 EBEP a los organismos portuarios estatales y es excepcional porque se trata –en sí misma– de un supuesto singular (una excepción) a la regla general. A partir de esta convicción, la no extensión de tal norma singular a otro supuesto que el expresamente previsto en la misma, deriva de lo ordenado por el art. 4.2 Cc (“*Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni a momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”), pero también de la prohibición de una norma de cobertura (en este caso, el art. 149.3 CE en relación con la DA 26ª L 48/2003) para tratar de eludir la norma general (el art. 9.2 EBEP), ofreciendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo (art. 6.4 Cc). En suma, opinamos que la invocación en el ámbito autonómico del supuesto excepcional previsto para los organismos portuarios estatales vendría a suponer un fraude de ley porque el propio ordenamiento jurídico no ha dispuesto la excepción a la reserva a funcionarios de todo un ámbito de regulación –el portuario– sino que ha sido una norma de carácter organizativo la que ha excluido de tal principio excepcionalmente al personal de los organismos portuarios estatales. En todo caso, nos debemos remitir a lo que diremos más adelante.

¿Qué opciones tiene, pues, el Legislador autonómico? Dos: obrar como el de la Administración General del Estado o ser coherente con el mandato constitucional en el desarrollo que realiza el art. 9.2 EBEP. Lo primero nos lleva a tierras inciertas. Bien es cierto que la norma básica no ha producido la exclusión sectorial de los puertos (en su conjunto) del principio de reserva funcional, postura lógica si se atiende al hecho de que el Estado no tiene título competencial para regular los puertos que no son de interés general. Por lo que no habría argumento que oponer a que las Comunidades Autónomas –en su competencia sectorial– alegasen las mismas razones que el Legislador Estatal en la Ley de Puertos, ya que una y otras operarían desde el correspondiente título de competencia sectorial. Mas, que por parte del Legislador Estatal –en su ámbito doméstico– se haya obrado de tal modo, sinceramente no creo que habilite, desde la lógica del sistema en su conjunto, a su imitación desde posturas autonómicas. Cierto es que una y otra norma sectorial –la vigente dirigida a las Autoridades Portuarias y las que se dirigieran a los puertos autonómicos– beberían de la misma fuente: el, en cada caso, propio título de autoorganización, de competencia sectorial. Pero admitir que tal posición es legítima, significa tanto como ignorar que la reserva a funcionarios es un pilar del sistema de actuación del conjunto de Administraciones Públicas desde el marco vigente y que una exclusión general por agregación de cada Administración portuaria supondría desdecir rotundamente la razón que subyace en la exigencia de la intervención de funcionarios como garantes de la imparcialidad y objetividad en la actuación administrativa cuando ejercita potestades. Otra cosa es que consideremos que debiera modificarse tal marco, pero tal discurso de lege ferenda no resuelve la situación inmediata a que nos enfrentamos.

Para el caso de que se opte por dar consistencia al sistema encabezado por el art. 103 CE, no cabe otra solución legislativa que analizar qué funciones propias del tráfico administrativo portuario tienen el carácter que el art. 9.2 del EBEP define como reservadas a funcionarios. Y ello supone el análisis –a grandes rasgos– de las que hemos venido en llamar labores portuarias.

Desde un punto de vista económico, tres son los tipos de actividades que se desarrollan en puertos: la actividad de transporte (de mercancías o de pasajeros), la navegación deportiva y la pesca como ámbitos, con tal grado de elementos característicos, que permiten ser considerados como elementos propios y no como meras especialidades de aquélla. Cada una de las mismas genera determinado tipo de actividad material que se desarrolla en torno a las mismas, y así desde el practicaje a la estiba, la marina seca o las lonjas o fábricas de hielo. Pero la consideración de la actividad portuaria a los efectos que nos interesan debe tener en cuenta, asimismo, otro tipo de actividad que pudiéramos lla-

mar propiamente administrativa y que consiste en la gestión de un espacio marítimo-terrestre conformado por inmuebles demaniales (lámina de agua, zona portuaria de carácter demanial) o patrimoniales. En esta gestión se realizan actos jurídicos de explotación de los bienes adscritos al puerto, de policía y de prestación de servicios, interviniendo formas varias de gestión indirecta a través de particulares, como también la exacción de tributos, el ejercicio de medidas de investigación, control y autorización o medidas de sanción, todas ellas mediante determinados cauces procedimentales, a través de los cuales se relaciona el organismo portuario con los particulares que usan las instalaciones portuarias y debiendo asumir el citado organismo la responsabilidad de carácter contractual y extracontractual por daños ocasionados en el ejercicio de su actividad.

Como fácilmente se entenderá, hemos dibujado el ejercicio de funciones que entran en la órbita del art. 9.2 EBEP, toda vez que hablamos, en suma, del ejercicio de potestades de recuperación, defensa y de gestión del dominio público, de la potestad tributaria, de potestades de policía preventiva (inspección y otorgamiento de autorizaciones) y punitiva (potestad sancionadora), así como de prerrogativas en el seno de contratos administrativos. Y todo ello utilizando como cauce el procedimiento administrativo como aquél dirigido a la defensa y salvaguarda de los derechos de las personas interesadas.

La aplicación de la tesis que defendimos en la primera parte de este trabajo al caso portuario, pasaría por el breve análisis de las potestades ejercidas, para determinar en qué trámites o funciones se sitúa el núcleo de la capacidad de dictar una resolución ejecutiva y ejecutoria, como límite que distinga la actuación a través de funcionario o de personal laboral. Y es necesario, para entrar en tales aguas, no desconocer que en esta materia se producen lo que se ha denominado “ejercicio privado de funciones públicas” por SAINZ MORENO<sup>30</sup>, al estudiar, entre otros, el régimen jurídico del capitán de buque y del práctico. Esta categoría está conformada por un conjunto de personas privadas, en diferentes ámbitos de actuación (el autor engloba a notarios, agentes de cambio y bolsa o profesionales de seguridad privada, entre otros) cuyo régimen jurídico se caracteriza, respecto de la Administración Pública en quedar “*sometido al conjunto de normas que forman la disciplina pública de su actividad*”, si bien tales personas privadas no se integran en la estructura administrativa y por ende no reciben instrucciones singulares, salvo casos excepcionales— “*sino que cumple exclusi-*

---

<sup>30</sup> En un artículo de igual nombre en RAP 100-102, págs. 1699, 1983.

vamente las reglas generales que regulan su actividad, bajo su exclusiva responsabilidad, aunque la infracción de esas normas puede dar lugar a sanciones administrativas”. En el otro extremo, sobre los particulares “se caracteriza por elementos de Derecho público y privado. De una parte, está obligado a actuar –salvo que concurran supuestos tipificados que le eximan de ello– y está obligado a hacerlo de un modo reglado, pero de otra, el particular que con él contrata –previa elección del mismo– celebra un contrato privado(...) La responsabilidad del ejerciente privado de funciones públicas no es, por tanto, administrativa, sino civil. El ejerciente no se encuentra encuadrado dentro de la organización administrativa y sus actos no se imputan a la Administración”, aunque existen supuestos excepcionales, como veremos.

A partir de este esquema general, la caracterización del capitán de buque pasa por la asunción de funciones públicas de carácter disciplinario, adoptar medidas de policía con carácter extraordinario, actuar como encargado del Registro Civil –formalizando actas de nacimiento, por ejemplo– y asimismo ejercer funciones relacionadas con la fe pública (testamento marítimo) Muy gráficamente, dice el art. 300 Real Decreto Legislativo 2/2011 de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que “*Los capitanes de buques o quienes hagan sus veces podrán adoptar, con carácter extraordinario, cuantas medidas de policía estimen necesarias para el buen régimen de a bordo en caso de peligro*”. Por su parte, el práctico de puerto, al actuar como agente de la Administración, imputa a ésta la responsabilidad derivada de los daños que pueda ocasionar con su actividad profesional (STS de 26 de febrero de 1982 o 20 de septiembre de 1984).

No obstante ello, no creemos que estos supuestos excepcionales de ejercicio por particulares de funciones públicas sea determinante en el debate que nos ocupa. Precisamente, por la razón que mueve a dotar a particulares de las mismas.

En el caso del capitán de navío, el principio de territorialidad convierte al buque con pabellón español en territorio nacional; lógicamente se precisa de un agente que represente la autoridad pública dentro del buque. Pero es que, incluso respecto de este ámbito de funciones públicas desarrolladas por el capitán del buque, es de tener en cuenta que la Comisión ha planteado dos peticiones de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia relativas a los puestos del sector privado que implican un cierto ejercicio del poder público, que han sido resueltas por sentencias de 30 de septiembre de 2003 (asuntos C-405/01 [TJCE 2003, 294] y C-47/02 [TJCE 2003, 295]). En ellas, el Tribunal ha declarado que a los capitanes o primeros oficiales de buques mercantes y de barcos pesqueros que ejerzan funciones de policía no se les puede aplicar la ex-

cepción del artículo 39.4 del Tratado CE, si tales funciones “*no se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades*”. Por su parte, las labores de practicaje tienen mucho que ver con las relaciones que median entre la Administración prestadora de un servicio y los particulares –contratistas– que lo desarrollan de manera indirecta para aquélla. En el común de supuestos, el estatuto jurídico de tal colaboración con la Administración incluye la realización de funciones de corte jurídico-público, con la consiguiente atracción hacia la institución de la responsabilidad patrimonial de corte administrativo, como envolvente del común de actuaciones que realiza la Administración ora mediante una gestión directa, ora mediante la gestión indirecta.

En suma, el hecho de que en el ámbito del Derecho portuario existan supuestos excepcionales de atribución a particulares de funciones públicas, no puede llevarnos a utilizar el aforismo de que “quien puede lo más (la atribución a particulares) puede lo menos (la atribución a personal del organismo portuario ligado por una relación laboral)”<sup>31</sup>. Es por ello que se precisa esta-

---

<sup>31</sup> Aunque somos conscientes que es de otra opinión (indudablemente, más cualificada que la nuestra) el Consejo de Estado en su dictamen de 21 de julio de 2011 (808/2011) en una cita extensa, pero necesaria: “(...) conviene tener en cuenta la tarea legislativa desarrollada a partir de la Ley 27/1992. Se ha venido sucesivamente configurando un nuevo modelo de Administración portuaria, y a ello, como correlato, ha seguido una simplificación del conjunto de numerosos Cuerpos funcionariales existentes con anterioridad, y una nueva clasificación tanto administrativa como laboral, de las tareas realizadas en el sector portuario.(...) En líneas generales debe destacarse que el régimen jurídico de dicho personal se ha venido alterando para la aplicación plena al mismo del Derecho privado (y particularmente el laboral), trasladando, asimismo, al sector los principios que rigen en materia de liberalización de servicios, materia en la que el sector de transporte marítimo queda al margen en principio.(...). A lo largo de la elaboración del anteproyecto se ha suscitado la cuestión de si la remisión general en cuanto al régimen del personal habría de hacerse al régimen “laboral”, a más del “administrativo” existente, o bien cupiera también incluir la referencia al ordenamiento “privado” o “mercantil.

La objeción se planteaba al considerarse por la Secretaría de Estado para la Función Pública que no cabe la existencia de personal “propio” vinculado a la Administración conforme a otro Derecho que el administrativo o laboral. Sin embargo, la realidad muestra que también puede encontrarse bajo las reglas del Derecho privado (mercantil o marítimo), particularmente por cuanto la orientación normativa que sigue la política de transporte marítimo de la Unión Europea es precisamente la de introducir para el ejercicio de funciones (también públicas, delegadas por el Estado en los privados) en este campo a empresas privadas conforme a las reglas del Derecho privado, bien que sujetas a una regulación (mediante el título de intervención administrativa en la actividad, que no directamente en el personal, escogido por el Estado). Así como tales actividades pueden ejercerse en forma de persona jurídica o física, tiene pleno sentido la referencia genérica al Derecho privado.

El texto opta así finalmente, como resulta más correcto, por mantenerla, en su artículo 47.1 (...), siendo este el lugar idóneo también para hacer figurar la previsión contenida en la disposición adicional 26ª de la Ley 33/2010 de exclusión de la aplicación del artículo 9.2 de la Ley del Estatuto del Empleado Público (prohibición del desempeño de funciones públicas por el personal empleado público).

No se trata con esa disposición de hacer una salvedad propia al Estatuto del Empleado Público cuanto más de precaver la mejor ordenación del servicio portuario y en general marítimo, y por ello ninguna objeción hace a la misma la Secretaría de Estado para la Función Pública. Conviene tener presente que en esta materia, concretamente en cuanto atañe a la marina mercante, existe la concreta previsión de la posibilidad de delegar funciones públicas en entidades privadas, como acontece en rela-

blecer una regla que marque la frontera entre ambas tipologías de funciones o tareas portuarias<sup>32</sup>.

En este sentido, existe una primera línea de distinción, entre las labores relacionadas con oficios o la práctica empresarial y aquellas que tienen que ver con la gestión administrativa. Si atendemos a la regulación que se hace en la norma sectorial estatal, como referente de qué posición haya de desarrollarse en el ámbito autonómico, la gestión administrativa se sustancia en lo que se conoce como prestación de los servicios generales (art. 107 Real Decreto Legislativo 2/2011), correspondiendo la misma a la Autoridad Portuaria, que podrá emplear fórmulas de gestión indirecta cuando no se ponga en riesgo la seguridad o “*no impliquen ejercicio de autoridad*”. La propia Ley de Puertos estatal entiende por estos servicios (art. 106) aquéllos de los que se benefician los usuarios del puerto sin necesidad de solicitud, así como los necesarios para el cumplimiento de las funciones de las Autoridades Portuarias, y en particular –entre otros– la ordenación, coordinación y control del tráfico portuario, la coordinación y control de las operaciones asociadas a los servicios portuarios, la señalización y balizamiento, la policía en las zonas comunes, la limpieza habitual de las mismas y la prevención y control de emergencias.

De otro lado (art 108) aparecen labores relacionadas con oficios en los servicios portuarios<sup>33</sup>, los cuales se prestarán por la iniciativa privada (art. 109); este elenco de labores portuarias incluyen las de carácter técnico-náutico (practicaje, remolque portuario, amarre y desamarre), de servicios al pasaje (embarque y desembarque de pasajeros, la carga y descarga), de recepción de desechos generados por buques y –finalmente– de manipulación de mercancías (incluyendo la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el trasbordo de mercancías). Y aún restarían los servicios comerciales (art. 138) como

---

*ción con las funciones de inspección marítima para la expedición de certificados de seguridad de buques. Por otro lado, muchas de las funciones típicas y propias de la actividad portuaria y marítima comportan por sí el ejercicio de funciones de interés público (como sucede en el caso de los prácticos cuya tarea puede imponerse obligatoriamente por razones de seguridad marítima), y por ello es plenamente correcta esa modulación respecto del Estatuto General de la Función Pública”.*

<sup>32</sup> Es interesante conocer que de hecho existen ejemplos de cómo se enjuicia el cumplimiento del mandato del art. 9.2 EBEP en distintos ámbitos de actuación pública, y así la Orden de 25 de julio de 2011 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se ordena la práctica de actuación inspectora extraordinaria a la Inspección General de Servicios consistente en determinar si se cumple por Agencias Públicas de la Junta de Andalucía la reserva del ejercicio de potestades públicas al personal funcionario

<sup>33</sup> Un estudio completo de los mismos se contiene, entre otras, en la obra de ACERO IGLESIAS “Organización y régimen jurídico de los puertos estatales”, Edt. Aranzadi, 2002, así como en la citada de NAVAJAS REBOLLAR.

actividades de prestación de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicios portuarios, estén vinculadas a la actividad portuaria, los cuales se prestarán en régimen de concurrencia (art. 139) de tal modo que los mismos sólo pueden constituir actividad de las Autoridades Portuarias en caso de “deficiencias de la iniciativa privada” (art. 140, siempre de la Ley de Puertos del Estado en su texto refundido por RD Leg. 2/2011).

Lógicamente, el problema que abordamos –la reserva a funcionarios– tiene que ver con lo que se denomina en la normativa estatal sectorial los “servicios generales”, esto es, con la explotación del dominio público portuario. De hecho, el art. 66 de la Ley de Puertos del Estado, cuando regula el modelo de gestión del dominio público portuario, dispone como fin del mismo “*promover e incrementar la participación de la iniciativa privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de servicios*”, pero ello “*a través del otorgamiento de las correspondientes autorizaciones y concesiones, tanto demaniales como de obra pública*”. Por lo tanto, expresamente afirma el empleo de la técnica de policía preventiva en forma de autorización y concesión demanial: en concreto, el art. 85 regula el procedimiento de otorgamiento de concesión demanial y los arts. 99 y 103 –respectivamente– reconocen a la Autoridad Portuaria la potestad de rescate de la concesión y el desahucio administrativo.

En el ejercicio de tales actuaciones, expresamente se atribuye a las Autoridades Portuarias la autotutela administrativa cuando el art. 158 del Real Decreto Legislativo 2/2011 habilita “*a través de sus propios servicios*” la vía administrativa de apremio como medida para garantizar la efectividad de sus créditos con naturaleza de ingresos de Derecho público y el art. 318 hace lo propio para el cobro de las multas o el de las indemnizaciones por daños o perjuicios causados, además de los distintos medios de ejecución forzosa recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la legislación de costas. Claro está el art. 24 de la Ley ya reconocía que las Autoridades Portuarias ajustarán sus actividades al ordenamiento jurídico privado, “*salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento les atribuya*”. Con ello, resulta sobresaliente la habilitación que se realiza en el art. 296 del citado texto refundido para “*el personal de la Autoridad Portuaria*” de las funciones de policía especial, enunciadas en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>34</sup>. Si bien se requiere que

---

<sup>34</sup> “*En las materias sujetas a potestades administrativas de Policía especial no atribuidas expresamente a Órganos dependientes del Ministerio del Interior, estos solo podrán intervenir en la medida necesaria para asegurar la consecución de las*

dicho personal sea el “*debidamente cualificado y adscrito al Servicio de Policía*” atribuyéndose al mismo la consideración de agente de la Administración portuaria en el ejercicio de las potestades públicas.

Como dijimos, necesitábamos de una somera exposición del esquema de funcionamiento de un organismo portuario según la normativa sectorial estatal. Acudiendo ahora al campo autonómico, la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía contiene varios pronunciamientos de interés, comenzando por la Disposición Adicional Primera cuando reconoce que “*en el ejercicio de sus competencias, la Agencia estará investida, en su caso, de las potestades inherentes al carácter administrativo de las mismas, con plena sujeción al ordenamiento jurídico público*”, potestades que evidentemente tienen que ver con la gestión del dominio público portuario a través de las autorizaciones y concesiones que se regulan, pero asimismo –y del mayor interés para nosotros– con las funciones de inspección y vigilancia. Concretamente, el art. 72, tras atribuir tales potestades a la “*administración del Sistema Portuario*”, avanza en su apartado 2º que “*La actuación inspectora se llevará a cabo por los funcionarios de la Consejería competente en materia de puertos, auxiliados por el personal expresamente facultado por la Agencia, que tendrán, en el ejercicio de sus funciones, la consideración de agentes de la autoridad*”. Como se observa, un modelo absolutamente contrapuesto al de las Autoridades Portuarias.

Mas no todo el panorama autonómico ofrece una situación tan definida. Si atendemos a lo acontece en Cataluña, la Administración portuaria (Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña) se personifica en la entidad de derecho público Puertos de la Generalidad, la cual ajusta su actividad al derecho privado pero se somete al derecho público (a los efectos que nos interesan) en las relaciones jurídicas que se deriven de actos de “*limitación, intervención, control y sancionadora, los expropiatorios y, en general, cualquier acto que implique actuación de soberanía o ejercicio de potestades administrativas*” (art. 7). En particular, “*la actuación inspectora debe ser realizada por el personal específicamente designado y autorizado por la Administración portuaria. En cualquier caso, este personal tiene la consideración de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y en los actos de servicio*” (art. 101.2, en la redacción dada por Ley 10/2011, de 29 de diciembre) personal que está sujeto al derecho laboral. En desarrollo de tal ley, el Decreto 206/2001, de 24 de julio, de aprobación del Reglamento de policía portuaria, atribuye en su art. 3

---

*finalidades previstas en el apartado 2 del artículo 1º*, esto es: “*el ejercicio de las potestades administrativas previstas en esta Ley, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas*”.

*“al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, mediante la Dirección General de Puertos y Transportes y el ente público Puertos de la Generalidad, la potestad de inspección y vigilancia”, insistiendo en que “la actuación inspectora debe ser realizada por el personal designado a tal efecto por la administración portuaria. Los inspectores tienen el carácter y la potestad de autoridad en el ejercicio de sus funciones.” En los puertos de gestión directa “el personal que actúa de guardamuelles tiene como misión prevenir, evitar y denunciar las infracciones que puedan cometerse en relación con la legislación vigente y debe dar cuenta de sus actuaciones a las autoridades competentes por razón de la materia”.*

En una línea similar, la Ley 10/2005, de 21 de junio, de puertos de las Islas Baleares residencia en el ente Puertos de las Illes Balears, como ente de derecho público, *“el ejercicio de las competencias ejecutivas de la administración autonómica en materia de puertos y de instalaciones portuarias y marítimas”* (art.21), para lo cual actúa con sometimiento al Derecho privado salvo –entre otros– respecto de *“las relaciones jurídicas que impliquen el ejercicio de potestades públicas y, en especial, las de carácter demanial, la de policía, la sancionadora y la tributaria”* (art. 23), atribuyéndose a esta entidad el ejercicio de policía administrativa de puertos y –en concreto– su inspección y vigilancia (art. 106), la cual *“se lleva a cabo mediante personal habilitado, que tendrá, en el ejercicio de sus funciones, la condición de agente de la autoridad”* (art. 107).

A diferencia de las anteriores, la Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias muestra matices de importancia. Parte –como en las restantes– de crear una entidad instrumental, *Puertos Canarias*, la cual ajusta sus actividades y régimen de funcionamiento al ordenamiento jurídico-privado, *“salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento le atribuya, en especial las relativas a concesiones y régimen de utilización del dominio público portuario, procedimiento sancionador, medidas de policía portuaria y, en general las referidas a las actividades de limitación, intervención y control”*. Ahora bien, la afirmación verdaderamente interesante aparece en el art. 37 cuando dice que *“el personal de Puertos Canarias estará vinculado a la entidad por una relación sometida a las normas de Derecho Laboral, salvo las plazas que en atención a la naturaleza de sus funciones o contenido queden reservadas al personal funcionario”*. Y es que, según la DA 3ª, los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Canarias que a la entrada en vigor de tal se encontraran prestando sus servicios en los cuerpos y escalas correspondientes en los puertos de titularidad de Canarias, pudieron optar, entre otras posibilidades, por *“alguna de las plazas de Puertos Canarias, que en atención a la naturaleza de sus funciones o contenido, pudieran quedar reservadas a personal funcionario,”* siempre que tuvieran los requisitos exigidos para ello.

Una vez expuestos algunos ejemplos del Derecho autonómico vigente, nos debemos pronunciar sobre este debate. La posición que defendemos es consecuencia de la propuesta con anterioridad desde un punto de vista general: la re-

serva a personal funcionario de aquellos trámites o funciones que son esencia misma del ejercicio de autoridad. Si se nos exige mayor concreción, podríamos distinguir tres grandes ámbitos de actuación: la gestión y explotación del dominio público, la contratación pública y la función de policía. Respecto del primero (tanto respecto del otorgamiento como en la defensa y recuperación del mismo), consideramos que deben quedar reservadas a funcionarios, las funciones de registro, el trámite de informe jurídico preceptivo y propuesta de resolución. En el caso de la contratación pública, además de las funciones de registro, el trámite de informe jurídico preceptivo, el control financiero del gasto y la propuesta de resolución en el caso de ejercicio de prerrogativas en la ejecución o extinción del contrato. Y, finalmente, en el caso de las funciones de policía, el levantamiento de actas de infracción, la instrucción del procedimiento sancionador, la emisión de informes jurídicos preceptivos y la propuesta de resolución, cuando la misma no vaya aparejada a la propia instrucción.

Llegados a este punto, ¿qué valoración nos merece el régimen excepcional de no aplicación del art. 9.2 EBEP previsto para los organismos portuarios estatales? Para responder a esta pregunta, creemos que es interesante que traigamos a colación las Instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, dictadas el 21 de junio de 2007 por la Secretaria General para la Administración Pública. De entre su amplio contenido, queremos resaltar el siguiente.

Existen preceptos del EBEP directamente aplicables, entre los cuales se hayan los que componen el título I (objeto y ámbito de aplicación) y el título II (clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas); muy en particular, la reserva del ejercicio de potestades públicas a funcionarios públicos del artículo 9.2 es de “*aplicación directa e inmediata a todo el personal al servicio de la Administración General del Estado señalado en el apartado 2º*”. El citado apartado 2º analiza el ámbito de aplicación del EBEP en la Administración General del Estado, resultando su incidencia respecto del personal funcionario al servicio de los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado. Al personal laboral que presta servicios en dicho ámbito se le aplican los preceptos que así lo dispongan. En concreto, según la citada Instrucción, al establecer el art. 7 EBEP el sistema de fuentes aplicable, manteniendo su vigencia las normas relativas a las funciones que puede desempeñar el personal laboral establecidas por el art. 15.1.c) de la Ley 30/1984, que determina los puestos que puede desempeñar el personal laboral, incluido ligado por una relación de alta dirección.

Bien es cierto que, como indica VÁZQUEZ PORTOMEÑE-SEIJAS<sup>35</sup>, las relaciones de interferencia de la normativa portuaria con la ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado sustentan “una de las más aparentes manifestaciones del proceso de huida del Derecho Administrativo a que el legislador ha sometido a los organismos públicos portuarios”, ya que “siendo puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, evidentemente, parte de la Administración institucional del Estado, se sitúan consciente y voluntariamente al margen de la categoría agrupatoria general llamada a aglutinar a la totalidad de los entes integrantes de aquella. Ni las Autoridades Portuarias ni puertos del Estado son, pues, organismos públicos en el sentido de la LOFAGE”, hecho este que lleva al citado autor a afirmar que “así pues, la huida del Derecho Administrativo en el ámbito de la Administración portuaria parece haber dejado de ser siquiera una necesidad racional (con independencia de la mayor o menor admisibilidad de sus móviles) para convertirse en un puro e irreflexivo instinto reflejo del legislador”

Por consiguiente, siendo de aplicación directa la reserva a funcionarios al personal que presta servicios a entidades de derecho público que componen la Administración Institucional del Estado, parecería que el Legislador ha optado por una solución ad hoc para el sector portuario, teniendo en cuenta que el personal portuario estatal se rige, con carácter general, por relaciones de derecho laboral<sup>36</sup> que podrá mantener el ejercicio de funciones de autoridad sin necesidad de acudir al régimen transitorio general<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> “La inserción sistemática de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicio de los puertos de interés general en el ordenamiento administrativo español” en “La nueva legislación portuaria. Comentarios a la Ley 48/2003/48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicio de los puertos de interés general”, VVAA Edt. Atelier, 2004 págs. 344 y ss.

<sup>36</sup> El art. 47.1 de la tan citada norma sectorial estatal establece que “El personal de los organismos públicos portuarios quedará vinculado, con carácter general, a su entidad respectiva por una relación sujeta a las normas de derecho laboral que le sean de aplicación, sin perjuicio de que, para las actividades en que proceda, pueda sujetarse a las normas de derecho civil o mercantil”

<sup>37</sup> Según observa NAVAJAS REBOLLAR “(...)la propia realidad práctica que hemos venido observando en este punto de forma generalizada, nos hace concluir que el ejercicio de potestades administrativas por personal laboral se encuentra no sólo reconocido (evidentemente, eran tiempos anteriores al EBEP...) sino prácticamente generalizado”, “Régimen de planificación, de funcionamiento y de control en la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicio de los puertos de interés general” pág 96, en “La nueva legislación portuaria. Comentarios a la Ley 48/2003/48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicio de los puertos de interés general”. Pero, incluso, esta opción por la exclusión de la reserva a funcionarios encuentra ángulos que superar como el que se deriva del escenario que plantea el art. 278 del texto refundido de la Ley de Puertos cuando permite que el personal laboral que se encontrara desempeñando funciones relacionadas con la Marina Civil “prestando servicios en puestos a desempeñar por

Como decimos, aparentemente no existe otra razón para imponer la excepción de la regla del art. 9.2 EBEP a los organismos portuarios estatales que la razón práctica de política de personal. Aunque, claro está, el hecho de encaminharse hacia esta dirección de admitir el ejercicio de potestades por personal no funcionario pudiera llevar, sobre las olas de los discursos de contención de gasto, a “puertos” no previstos en su momento, como pudiera ser la extensión de las formas de gestión indirecta al común de la gestión portuaria.

---

*personal funcionario*”, pueda integrarse en el Cuerpo Especial Facultativo de Marina Civil adscrito al Ministerio de Fomento y clasificado como grupo A1, siempre que se cumplan las condiciones y requisitos recogidos en la disposición transitoria decimoquinta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Parece derivarse de ello que, a pesar de que se excluya lo dispuesto por el art. 9.2 EBEP al ámbito de los organismos portuarios estatales, existen “puestos a desempeñar por funcionarios”, lo cual no deja de ser una aparente paradoja.



# **La participación directa de los promotores de las Iniciativas Legislativas Populares en su tramitación en las Comunidades Autónomas: El caso particular de la Comunidad Autónoma de Andalucía**

*Rafael Cano Silva*

Funcionario del Cuerpo Técnico del  
Parlamento de Andalucía

SUMARIO: I. LA COMISIÓN PROMOTORA DE LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS POPULARES EN SU TRAMITACIÓN. 1. Regulación legal. 2. La comisión promotora. A. Contenido mínimo. B. Definición. 3. Composición. A. Requisitos. B. Número. II. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LOS PROMOTORES: FUNCIONES. 1. Inicio del procedimiento. 2. Recogida de firmas. 3. Designación de fedatarios especiales. 4. Solicitud de información respecto del número de firmas recogidas. 5. Tramitación parlamentaria. 6. Retirada de la iniciativa legislativa. A. Cuando aún no hay recogida de firmas (pendiente de la admisión a trámite por la Mesa de la Cámara). B. La Cámara aún no la ha hecho suya (pendiente de toma en consideración o debate de totalidad). C. Está en pleno desarrollo del procedimiento legislativo (pendiente del debate final en pleno). 7. Compensación estatal por los gastos realizados. 8. Control institucional y jurisdiccional. A. En el proceso de recogida de firmas. B. Inadmisión a trámite de la iniciativa legislativa popular. III. EL CASO PARTICULAR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. TRAYECTORIA LLEVADA A CABO EN LA CÁMARA ANDALUZA. 1. Introducción. 2. El Debate del Estado de la Comunidad Autónoma de Andalucía. (Comunicación del Consejo de Gobierno.) 3. Dictamen de la Comisión de Presidencia en relación con el informe del Grupo de Trabajo sobre determinadas modificaciones legislativas y normativas en materia de transparencia y calidad democrática. 4. Proposiciones de Ley presentadas relativas a la modifi-

cación de la iniciativa legislativa popular. A. Grupo parlamentario Socialista. B. Grupo parlamentario Popular de Andalucía. C. Grupo parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía. 5.- El último trámite: La reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía. IV. BIBLIOGRAFÍA.

### RESUMEN

La iniciativa legislativa popular, como mecanismo de democracia semidirecta, ha sido regulada por todas las Comunidades Autónomas; regulaciones que han ido modificando con el tiempo para fortalecerla. Este trabajo se centra en una de las partes nucleares necesarias para llevar a buen término esta iniciativa legislativa, esto es, la comisión promotora, la cual podrá participar directamente, en su defensa, promoción y tramitación en algunas de las Asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas. Se realiza para ello, un estudio comparado de la regulación, composición y funciones de la comisión promotora de las iniciativas legislativas populares en todas las Comunidades Autónomas. Y por último, se analiza el caso particular de la Comunidad Autónoma de Andalucía, concretamente, la trayectoria llevada a cabo en la Cámara andaluza.

Palabras claves: Iniciativa legislativa popular, comisión promotora, democracia semidirecta, tramitación parlamentaria, Parlamento de Andalucía.

### ABSTRACT

Citizen's initiative, as a mechanism of participatory democracy, has been regulated by all the autonomous communities. These regulations have been modified in the course of time in order to reinforce them. This study focuses on one of the nuclear parts needed to bring this citizen's initiative to fruition, that is, the petitions committee which will be able to participate directly in some of the Parliamentary Assemblies of the autonomous communities for its own defense, promotion and processing. Therefore, a comparative study of the regulation, composition and the citizens' initiatives petitions committee duties is performed in all the autonomous communities. And finally, the individual case of the autonomous community of Andalusia is analyzed, specifically the tasks carried out by the Andalusian Chamber.

Keywords: Citizen's initiative, petitions committee, participatory democracy, parliamentary procedure, Andalusian Parliament.

## I. LA COMISIÓN PROMOTORA DE LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS POPULARES EN SU TRAMITACIÓN

### 1. Regulación legal.

La regulación esencial y básica, pero no suficiente, está contemplada en la Constitución española que recoge en el apartado 3 del artículo 87 lo siguiente: *“Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.”*

Esa ley orgánica a la que hace referencia el artículo 87.3 CE es la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, modificada por Ley Orgánica 4/2006, de 26 de mayo.

A nivel de las Comunidades Autónomas, cada una de las diecisiete existentes dispone de una regulación legal a dos niveles:

- Por un lado, a nivel estatutario, que si bien es la norma de rango superior de cada Comunidad Autónoma, con ciertas singularidades, características básicas de formación, elaboración, y modificación, no deja por ello de ser ley, si bien con carácter de orgánica como establece la Constitución española en diferentes preceptos de la misma.
- Por otro lado, a nivel de legislación ordinaria, cada Comunidad Autónoma también ha aprobado, al menos, una ley reguladora de la iniciativa popular que, con cierto paralelismo como hace la Ley Orgánica 3/1984 a nivel nacional, respecto a la Constitución española, desarrolla lo establecido básicamente en sus respectivos estatutos.

Esta regulación es la siguiente:

1. Andalucía: Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 33.2); Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 111.2); Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, modificada por las Leyes 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los andaluces en el mundo y 8/2011, de 5 de diciembre, relativa a modificación de la Ley 5/1988.

2. Aragón: Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón (art.15.3); Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (arts. 15.2 y 42.2); Ley 7/1984, de 27 de diciembre, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular ante las Cortes de Aragón.
3. Asturias: Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias (art.31.1); Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 7/1981, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (art.31.1); Ley 4/1984, de 5 de junio, reguladora de la Iniciativa Legislativa de los Ayuntamientos y de la Iniciativa Popular.
4. Canarias: Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias (art. 11.4); Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias (art. 12.5); Ley 10/1986, de 11 de diciembre, sobre Iniciativa Legislativa Popular.
5. Cantabria: Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria (art.15.1); Ley Orgánica 11/1998, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para Cantabria (art.15.1); Ley 6/1985, de 5 de julio de 1985, de Iniciativa Legislativa Popular.
6. Castilla-La Mancha: Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (art. 12.1); Ley 2/1985, de 8 de mayo, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos.
7. Castilla y León: Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León (art. 14.2); Ley Orgánica 4/1999, de 8 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 4/1983, de Estatuto de Autonomía de Castilla y León (art. 16.2); Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (art. 25.2); Ley 4/2001, de 4 de julio, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos de Castilla y León, modificada por la Ley Ley 3/2012, de 5 de julio, de modificación de la Ley 4/2001.
8. Cataluña: Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 32.6); Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 62.1); Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Iniciativa Legislativa Popular, derogada y

sustituída por la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de Iniciativa Legislativa Popular.

9. Comunidad Valenciana: Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (art.14.5); Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (art.26.2); Ley 5/1993, de 27 de diciembre, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular de la Comunidad Valenciana.
10. Extremadura: Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura (art.23.2); Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura (art.23.2); Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (art.23.4); Ley 7/1985, de 26 de noviembre, de Iniciativa Legislativa Popular de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
11. Galicia: Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia (art. 13.1); Ley 1/1988, de 19 de enero, de Iniciativa Legislativa Popular ante el Parlamento de Galicia.
12. Islas Baleares: Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares (art. 26.2); Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (arts. 15.2.b y 47.3); Ley 4/1991, de 13 de marzo, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular en las Illes Balears.
13. La Rioja: Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (art.20); Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 3/1982, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (art.20); Estatuto 1999 (art. reformado); Ley 3/1985, de 20 de mayo, sobre iniciativa legislativa del pueblo riojano.
14. Madrid: Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (art.15.2); Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (art.15.2); Ley 6/1986, de 25 de junio, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid.

15. Murcia: Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (art.30.1); Ley 9/1984, de 22 de noviembre, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular, de los Ayuntamientos y Comarcas, modificada por la Ley 7/2006, de 16 de octubre, de modificación de la Ley 9/1984.
16. Navarra: Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra (art. 19.2); Ley Foral 3/1985, de 25 de marzo, de Iniciativa Legislativa Popular, modificada por la Ley Foral 14/2012, de 5 de julio, por la que se modifica la Ley Foral 3/1985, de 25 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, y la Ley Foral 4/1985, de 25 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa de los Ayuntamientos de Navarra.
17. País Vasco: Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (art. 27.4); Ley 8/1986, de 26 de junio, de Iniciativa Legislativa Popular.

Puede observarse, tal como apunta JOAN VINTRÓ CASTELLS<sup>1</sup> “una no excesiva diligencia del legislador orgánico estatal en aprobar la ley reguladora de la iniciativa legislativa popular derivada del artículo 87.3 CE”. En efecto, se refiere este autor a la tardanza en la aprobación y promulgación de la Ley Orgánica 3/1984.

## **2. La comisión promotora.**

### **A. Contenido mínimo.**

Es discutible si la regulación de la comisión promotora, al igual que el resto de la regulación realizada por las distintas Comunidades Autónomas, ha de ser coherente o no con la previsión contenida en las Leyes Orgánicas que regula la iniciativa popular a nivel del Estado (3/1984 y 4/2006).

Entiendo que por prudencia, hubo una generalizada espera por todas las Comunidades Autónomas a la aprobación y promulgación de la Ley Orgánica

---

<sup>1</sup> VINTRÓ CASTELLS, J. y BILBAO UBILLOS, J.M., *Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pág. 15.

ca 3/1984 para la aprobación por cada una de ellas de sus respectivas legislaciones en la materia, si bien, no es menos cierto que la mayoría de ellas establecía en sus propios Estatutos que la regulación autonómica de la iniciativa legislativa popular debería hacerse de acuerdo con lo establecido en la Ley orgánica contemplada en el artículo 87.3 CE.

No obstante, no es la misma opinión que la manifestada por CUESTA LÓPEZ y CABEDO MALLOL. Para VÍCTOR CUESTA “la reproducción de las condiciones subjetivas, formales, procedimentales y materiales va mucho más allá de la debida observancia al contenido esencial de la legislación orgánica estatal y al principio de homogeneidad institucional del art. 152 CE”. Mimetismo que el autor atribuye a “un claro síntoma de desidia del legislador autonómico”. Por otro lado, CABEDO MALLOL afirma que sustituiría el término “Desidia” por “temor”.<sup>2</sup>

En cualquier caso, la doctrina mayoritariamente ha entendido que la legislación autonómica sobre iniciativa legislativa popular debe inspirarse en los principios esenciales de la legislación orgánica estatal.<sup>3</sup>

En conclusión, algunos autores como LARIOS<sup>4</sup>, incidiendo en algo ya apuntado anteriormente por BIGLINO,<sup>5</sup> entienden que la legislación autonómica debe prever “un número mínimo de firmas adecuado a la población del territorio, la protección jurisdiccional del ejercicio del derecho, identificación de las condiciones mínimas de los titulares del derecho y la admisibilidad ge-

---

<sup>2</sup> CUESTA LÓPEZ, V.M., *Participación directa e iniciativa legislativa el ciudadano en democracia constitucional*. Tesis doctoral dirigida por Juan Fernando López Aguilar y Juan Ramón Rodríguez-Drincourt Álvarez. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2007, pág. 344 citado en CABEDO MALLOL, V., “La iniciativa legislativa popular en las Comunidades Autónomas: la necesaria reforma de su legislación” En: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24 (2009), pág.459.

<sup>3</sup> Ello se explica habida cuenta de la relación intrínseca existente entre la iniciativa legislativa popular y el derecho fundamental de participación del artículo 23.1 CE y la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81 CE, tal como lo establece Vintró Castells.

<sup>4</sup> LARIOS J., “Participació dels ciutadans en el procediment legislatiu: la nova regulació de la iniciativa legislativa popular i les compareixences legislatives”, en: *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 37, (2009), págs 187-188.

<sup>5</sup> Así, BIGLINO entiende que «las leyes regionales que deberán desarrollar la iniciativa legislativa popular en el seno de las Comunidades Autónomas inciden en el derecho a la participación del artículo 23.1 que, por su ubicación, goza de la reserva de Ley Orgánica del artículo 81.1» y consiguientemente concluye que la iniciativa legislativa popular «al ser una proyección del derecho fundamental a la participación, su regulación por ley regional deberá respetar el contenido esencial del mismo definido por el Estado mediante Ley Orgánica», cit. en VINTRÓ CASTELLS, J. y BILBAO UBILLOS, J.M., ob. cit., págs. 15-16.

neral de la previsión de materias excluidas y de causas de inadmisión.” Otros, como MURO<sup>6</sup>, “«la Ley Orgánica estatal reguladora de la iniciativa legislativa popular no actúa como marco normativo general de esta institución cualquiera que sea el parlamento ante el que se ejerce (...)». Este autor fundamenta su planteamiento en el ATC 428/1989 (F. J. 2) en el que se puede leer que el artículo 87.3 CE y la Ley Orgánica 3/1984 no tienen «otro valor que el de genérica fuente de inspiración de la ordenación singular adoptada por la Comunidad Autónoma».

### B. Definición.

La comisión promotora es el instrumento imprescindible para el ejercicio de la iniciativa legislativa popular ya que asume el inicio del procedimiento, el impulso del mismo (especialmente, a través de la campaña de recogida de firmas) y la representación de los intereses de los ciudadanos implicados en todas las fases sucesivas.

Esta definición es elaborada doctrinalmente a partir de la regulación estatal y autonómica.

De tal modo, la Ley vasca (art. 8 de la Ley 8/1986, de 26 de junio, de Iniciativa Legislativa Popular) establece que la comisión promotora ostentará la representación de los firmantes en todo cuanto se derive de la iniciativa.

En el mismo sentido, el apartado primero del artículo 4 de la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de Iniciativa Legislativa Popular de Cataluña, define la comisión promotora como aquella que “*ejerce la representación de las personas firmantes de la iniciativa legislativa popular a los efectos que derivan de la misma*”.

La Ley catalana citada es la única que le dedica un artículo específico para la regulación de la comisión promotora, definiéndola y estableciendo un número mínimo que debe formarla así como las condiciones que deben cumplir sus integrantes.

---

<sup>6</sup> MURO i BAS, X., “Algunas cuestiones en torno a la iniciativa legislativa popular”, En: *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Valencia. Cortes Valencianas, n° 19 (2007), págs. 365-366.

### **3. Composición.**

Voy a hacer un estudio en este apartado sobre los requisitos de los miembros de la comisión promotora que establecen las diferentes leyes de las Comunidades Autónomas así como su número, habida cuenta que la Ley estatal no establece requisitos subjetivos específicos para ser miembro de una comisión promotora ni que ésta deba tener un número mínimo de integrantes. La Ley Orgánica 3/1984 modificada por Ley Orgánica 4/2006 se limita a decir únicamente, en su artículo 3.2.c), cuando establece los requisitos de la iniciativa, que el escrito de presentación deberá contener la relación de los miembros que componen la comisión promotora de la iniciativa, con expresión de los datos personales de todos ellos. Por tanto, no establece más requisitos, y no fija tampoco un número mínimo.

En este mismo sentido se pronuncia las correspondientes leyes de Andalucía (salvo excepción que se recoge en el epígrafe siguiente “Requisitos”), Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria... y la inmensa mayoría de las legislaciones de las Comunidades Autónomas según detallo que hago en los epígrafes siguientes.

Se verá, por tanto, que en la legislación autonómica se han adoptado diversos criterios, desde el más simple, que consiste en exigir para formar parte de la Comisión las mismas condiciones que para ser titular del derecho y poder firmar una iniciativa, a otros casos, donde se prevén algunas causas de incompatibilidad asociadas al desempeño de cargos de responsabilidad política.

Por tanto, dentro de la composición de la comisión promotora, voy a analizarlo desde un doble enfoque en función de que las regulaciones autonómicas contemplen determinados requisitos o un número determinado en su composición:

#### **A. Requisitos.**

En la Ley 5/1988 de Andalucía, el artículo 15, que no ha sido modificado por leyes posteriores, dispone que los miembros de la comisión promotora sólo podrán ser sustituidos por suplentes designados al efecto. Ha de entenderse lo previsto en este precepto como un requisito necesario para ser miembro de la comisión promotora de una iniciativa legislativa popular en concreto, cuya Comisión ya estuviera formada, y cuya composición ya conociera la Mesa de la Cámara a través de la documentación entregada a la misma con ocasión de la presentación de una iniciativa legislativa popular, pero no establece a priori

ningún requisito ni objetivo, ni subjetivo para pertenecer a una comisión promotora para la elaboración y defensa, en su caso, de una iniciativa legislativa popular.

En sentido negativo, la Ley 10/1986, de 11 de diciembre, de Iniciativa Legislativa Popular de Canarias, establece como limitaciones que no podrán formar parte de la comisión promotora los Diputados Regionales proclamados electos al tiempo de presentarse la iniciativa legislativa popular, así como los miembros en activo del Gobierno Regional o de los Cabildos Insulares, siempre que desde esta condición puedan presentar iniciativas legislativas sobre la materia objeto de la proposición de ley, tanto individualmente como por conducto de la institución de la cual son miembros.

Por otra parte, la Ley canaria, en su disposición adicional, establece otro requisito más para el supuesto de que los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que gocen de la condición política de canarios y estén inscritos en el censo electoral, puedan ejercer la iniciativa legislativa popular. En este supuesto, se exige que la comisión promotora, en caso de constituirse en el extranjero, esté formada exclusivamente por canarios y designe, mediante escritura pública otorgada ante el Cónsul de España en el lugar de residencia, al menos, tres portavoces de la misma que residan habitualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias y en cualquier caso más de 180 días al año.

La Ley 4/2001, de 4 de julio, de Iniciativa Legislativa Popular de Castilla y León, establece, lo que desde mi punto de vista podría clasificarse como una triple condición:

- A. Los miembros de la comisión promotora habrán de reunir los requisitos a que se refiere el art. 1.1 de la citada Ley (se exige por tanto la condición política de ciudadanos de Castilla y León, que sean mayores de edad y se encuentren inscritos en el Censo Electoral).
- B. Además como limitaciones, no podrán formar parte de la misma los Procuradores de las Cortes de Castilla y León, ni las personas incurso en causas de inelegibilidad o incompatibilidad aplicables en las elecciones autonómicas (artículo 19, en relación con el artículo 9 y en concordancia con el artículo 1 de la citada Ley).
- C. Por otra parte, los miembros de la comisión promotora sólo podrán ser sustituidos por suplentes designados al efecto, lo que ha de entenderse,

al igual que sucede en la Ley andaluza, para aquella Comisión que ya estuviera formada, y cuya composición ya conociera la Mesa de la Cámara a través de la documentación entregada a la misma.

El apartado segundo del artículo 4 de la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de Iniciativa Legislativa Popular de Cataluña, dispone que la comisión promotora debe cumplir las condiciones establecidas por el artículo 2 y, además, las siguientes condiciones:

- a) Ser mayores de edad.
- b) No ser diputados al Parlamento de Cataluña.
- c) No ser miembros de corporaciones locales.
- d) No ser miembros de las Cortes Generales.
- e) No ser miembros del Parlamento Europeo.
- f) No incurrir en ninguna de las causas de inelegibilidad o de incompatibilidad que la legislación vigente establece para los diputados al Parlamento de Cataluña.

Respecto a las condiciones establecidas por el referido artículo 2 del citado texto legal, éstas son las referidas a las personas legitimadas para el ejercicio de la iniciativa legislativa popular y que son:<sup>7</sup>

- las personas que tienen la condición política de catalanes, de acuerdo con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, y no están privadas de los derechos políticos.
- Además de las anteriores, las personas que no están privadas de los derechos políticos, son mayores de dieciséis años, están debidamente ins-

---

<sup>7</sup> En palabras de Bilbao Ubillos, es “una previsión novedosa cuya constitucionalidad se ha puesto en dudas. Aquí se plantea en toda su crudeza la cuestión de los límites que ha de observar el legislador autonómico, o dicho de otra forma, si la regulación orgánica estatal en desarrollo de un derecho fundamental vincula al legislador autonómico, que está ejerciendo a su vez la competencia exclusiva en materia de organización de las instituciones de autogobierno.” En BILBAO UBILLOS, J.M. “La iniciativa legislativa popular en la UE y en las Comunidades Autónomas”, En: *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, F.J. Matía Portilla, (dir.), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pág. 371

critas como domiciliadas en el padrón de algún municipio de Cataluña y cumplen uno de los siguientes requisitos:

- a) Tener la nacionalidad española.
- b) Ser ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea salvo el Estado español o ciudadanos de Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza.
- c) Residir legalmente en España, de acuerdo con la normativa en materia de extranjería.

Quede claro, no obstante, que los mayores de dieciséis años podrán ejercer la iniciativa legislativa popular, pero sólo los mayores de edad pueden formar parte de la comisión promotora. No ocurre lo mismo respecto a los que no tienen nacionalidad española pues no es requisito para formar parte de la comisión promotora y no debe suponer mayor problema puesto que si bien por STC 173/1998 le corresponde al legislador nacional a través de Ley Orgánica “la delimitación de los aspectos esenciales del derecho en lo tocante a la titularidad”, en este aspecto es una medida favorable para el ejercicio del derecho y por eso no puede considerarse contraria a los elementos esenciales de la definición del mismo. Y ello no choca con la restricción del artículo 13 CE porque la iniciativa legislativa popular tiene un carácter meramente propositivo ya que deja en manos de la Cámara la decisión final y no afecta al ejercicio de la soberanía a diferencia del voto en unas elecciones o en un referéndum.<sup>8</sup>

La Ley valenciana (Ley 5/1993, de 27 de diciembre, de Iniciativa Legislativa Popular de Comunidad Valenciana) establece, en el artículo 5, en relación con el inicio del procedimiento que se designará, de entre sus firmantes, y por los mismos, una comisión promotora. De ello, por tanto, se deduce que se está exigiendo unos requisitos para los miembros de dicha Comisión que coinciden con los exigidos para los firmantes de la iniciativa legislativa pues los miembros de la comisión promotora han de reunir la doble condición de firmantes y de miembros. Estos requisitos que han de reunir, en su calidad de firmantes, son los siguientes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 en relación con el artículo 1 del citado texto legal:

---

<sup>8</sup> EXPÓSITO GÓMEZ, E. y CASTELLA, J.M. “Los derechos políticos y ante la Administración en el Estatuto de Autonomía de Cataluña”. En: *Derechos y principios rectores en los estatutos de autonomía*, Miguel A. Aparicio, (ed.). Barcelona: Atelier, 2008, págs. 71-72.

- mayores de edad
- que gocen de la condición política de valencianos
- que estén inscritos en el censo electoral y
- que no estén privados de los derechos políticos.

Respecto a la Ley gallega, Ley 1/1988, de 19 de enero, de Iniciativa Legislativa Popular ante el Parlamento de Galicia, en cuanto a los requisitos que deben reunir los miembros de la comisión promotora, al igual que hacen otros cuerpos legales como hemos visto, establece que habrán de reunir la condición de electores de conformidad con su Ley y que son:

- mayores de edad
- que gocen de la condición política de gallegos
- y se encuentren inscritos en el censo electoral
- que no estén incurso en causas de inelegibilidad o incompatibilidad de las aplicables en las elecciones al Parlamento de Galicia.

Es decir, una regulación prácticamente similar a la realizada a la Comunidad Valenciana.

Respecto a las demás Comunidades Autónomas, no se establecen más requisitos específicos en la legislación respectiva de cada una de ellas como son Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco.

## B. Número.

La gran mayoría de las Comunidades Autónomas (11), excepto Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Cataluña, Valencia y Galicia, no regulan en ningún sentido el número de personas que han de componer las comisiones promotoras, dejando plena libertad a las que se constituyan.

Respecto a las seis Comunidades citadas, las mismas hacen una regulación bastante diversa, de tal modo que de ellas, tres imponen únicamente un nú-

mero mínimo y sólo una establece un intervalo para que la comisión promotora esté comprendida entre un límite inferior y superior.

Llama la atención de que la Ley gallega impone un mínimo (10 personas) que dobla el máximo impuesto por la Ley valenciana (5 personas).

Igualmente es destacable que ninguna Comunidad Autónoma pone únicamente un límite superior siendo la única que toca este límite la valenciana al establecer un intervalo en el cual ha de oscilar la composición de las comisiones promotoras que se constituyan en dicha Comunidad.

De este modo:

La Ley 2/1985, de Castilla-La Mancha y la Ley 4/2001 de Castilla y León establecen que la comisión promotora de la iniciativa estará formada por un número nunca inferior a cinco. En el mismo sentido se pronuncia la Ley 7/1985, de 26 de noviembre, de Extremadura.

El apartado segundo del artículo 4 de la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de Iniciativa Legislativa Popular de Cataluña, establece la comisión promotora debe estar formada por un mínimo de tres personas.

La Ley 5/1993, de 27 de diciembre, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular de la Comunidad Valenciana, parece que como postura intermedia de los dos citadas anteriormente, establece en su artículo quinto que la comisión promotora que estará constituida por un mínimo de tres y un máximo de cinco personas.

La Ley 1/1988, de 19 de enero, de Galicia, establece el mínimo de la composición de la comisión promotora en diez personas.

## II. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LOS PROMOTORES: FUNCIONES

### 1. Inicio del procedimiento.

La Ley Orgánica 3/1984, en la exposición de motivos, establece que la puesta en marcha del procedimiento exige que la comisión promotora presente ante la Mesa de la Cámara un Texto Articulado dotado de unidad sustanti-

va precedido de una exposición de motivos. Para evitar gastos y esfuerzos inútiles la Mesa realizará un examen de admisibilidad<sup>9</sup> que, de ser negativo, podrá dar lugar a que la comisión promotora interponga recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Posteriormente el artículo 6 de este texto legal regulará esta cuestión.

Se desprende de aquí por tanto la doble facultad atribuida a la comisión promotora:

- Como aquella que inicia y presenta el texto ante la Cámara.
- Como legitimadora para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En tal sentido, el artículo 3 de la citada Ley Orgánica cuando establece los requisitos de la iniciativa, dispone en la letra c) del apartado 2 que el escrito de presentación deberá contener la relación de los miembros que componen la comisión promotora de la iniciativa, con expresión de los datos personales de todos ellos.

Ante el supuesto de inadmisión a trámite de la iniciativa por la Mesa del Congreso de los Diputados porque no se hayan cumplimentado los requisitos que dispone el artículo 3 de la citada Ley Orgánica, se comunicará a la comisión promotora para que proceda, en su caso a la subsanación en el plazo de un mes.

Esta facultad es contemplada de forma común en las diferentes regulaciones que hacen las leyes de las Comunidades Autónomas, sin que haya ni una sola excepción.

La Ley catalana dispone que los servicios jurídicos del Parlamento deben asesorar a los miembros de la comisión promotora para facilitarles el cumplimiento de los requisitos formales.

Como supuesto especial, la Ley canaria contempla, en atención a especiales circunstancias de alejamiento y dificultad de las comunicaciones con el lu-

---

<sup>9</sup> Vid, entre otras muchas, STC 95/1994, de 21 de marzo, (FJ 4): “Son también inevitables esas funciones de control material cuando se trata de proposiciones de Ley promovidas por sujetos cuya iniciativa legislativa está predeterminada. Así sucede en el propio Reglamento del Parlamento catalán, cuyo art. 108 encomienda a la Mesa la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para el ejercicio de la iniciativa legislativa popular”.

gar de residencia de los promotores de la iniciativa, determinadas ampliaciones de derechos relativas a plazos de recogida de firmas y entrega de los pliegos por las firmas autenticadas. Igualmente se autoriza a que los portavoces designados por la comisión promotora sean los encargados de solicitar y acreditar suficientemente, en escrito dirigido a la Mesa de la Cámara los extremos para la concesión de estos plazos extraordinarios.

Caso excepcional lo constituye la reciente Ley 3/2012, de 5 de julio, modificadora de la Ley 4/2001, de 4 de julio, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos de Castilla y León. El nuevo apartado 1 del artículo 10 de la mencionada Ley establece que, con ocasión de la inadmisión por la Mesa de la Cámara de una iniciativa legislativa popular por no cumplir los requisitos establecidos, la comisión promotora de la iniciativa legislativa podrá convertir la misma en petición ante las Cortes de Castilla y León. En el mismo sentido, el artículo 47 del Reglamento del Parlamento de Canarias prevé también esta posibilidad. Queda por tanto la decisión, de esta conversión de la tramitación, en poder de la comisión promotora de la iniciativa, la cual deberá manifestar su deseo a través de un escrito suscrito por todos los miembros de dicha Comisión.

## **2. Recogida de firmas.**

El artículo 7 de la Ley estatal “Iniciación del procedimiento de recogida de firmas y plazo para la misma” establece en el apartado segundo que la Junta Electoral Central notificará a la comisión promotora la admisión de la proposición, al objeto de que proceda a la recogida de las firmas requeridas.

Por tanto, es ésta la encargada de todo el proceso indicado. Para ello, la comisión promotora presentará ante la Junta Electoral Central, los pliegos necesarios para la recogida de firmas que reproducirán el texto íntegro de la proposición (artículo 8)

En el sentido expuesto en los párrafos anteriores se regula en las diferentes legislaciones de las Comunidades Autónomas, sin que haya ni una sola excepción, lo que constituye, junto con el inicio del procedimiento (en cuanto a la facultad que ostentan las comisiones promotoras para la presentación de la iniciativa y recurso debido, en su caso, a la inadmisibilidad de la misma) y la función de designación de fedatarios especiales (de la que se habla en el epígrafe siguiente), un núcleo central y homogéneo, común a todas las leyes reguladoras de las Comunidades Autónomas.

No obstante lo anterior, respecto al plazo que disponen los promotores para recoger las firmas, es diferente según las leyes reguladoras de las Comunidades Autónomas a las que nos referimos. Pongo a continuación algunos ejemplos que constituyen esa pluralidad normativa de dichas Comunidades, con el Estado en cabeza para su comparación, haciendo una prelación según el tiempo otorgado a las comisiones promotoras de mayor a menor, con indicación asimismo del precepto regulador:

CC.AA	PLAZO	PREVISIÓN DE PRÓRROGA <sup>10</sup>	LEY <sup>11</sup>	PRECEPTO
Estado	9 meses	prorrogables 3 meses más	L0 4/2006	art. 7.3
Castilla y León	9 meses	prorrogables 3 meses más	Ley 3/2012	art. 10.3
Aragón	6 meses	prorrogables 3 meses más	Ley 7/1984	art. 7.2
Navarra	6 meses	prorrogables 2 meses más	Ley 14/2012	art. 8.3
Murcia	6 meses	improrrogables	Ley 9/1984	art. 9.3
Cataluña	120 días <sup>12</sup>	prorrogables 60 días más	Ley 1/2006	art. 9
Galicia	4 meses	prorrogables 3 meses más	Ley 1/1988	art. 7.3
Andalucía	4 meses	prorrogables 2 meses más	Ley 8/2011	art. 9.3
Asturias	3 meses	improrrogables	Ley 4/1984	art. 9.2

<sup>10</sup> Vid ATC 140/1992, de 25 de mayo, por el que se inadmite el recurso de amparo interpuesto por la Comisión Promotora contra las decisiones de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 16 de abril y 21 de mayo de 1991, en las que se deniega la solicitud de prórroga por tres meses del plazo para la recogida de firmas en relación con una proposición de Ley que regula el abandono de la producción y utilización de la energía nuclear. El TC entiende que “[la Mesa] posee una gran amplitud en su valoración, difícilmente compatible con una revisión posterior, «más todavía si se tiene en cuenta la soberanía de las Cámaras y de sus organismos»”.

<sup>11</sup> En los casos de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Castilla y León y Navarra, y en la legislación del Estado, aparecen en dicho cuadro las leyes que contienen la última regulación respecto a este punto y que son más generosas que las leyes modificadas que las anteceden. En el resto de los casos no han tenido modificación sus leyes originales. No obstante, los preceptos indicados se refieren a las leyes iniciales posteriormente modificadas.

<sup>12</sup> Es la única ley reguladora de la iniciativa legislativa popular que expresa dicho plazo en días ya que las restantes legislaciones lo expresa en meses naturales. Por otro lado, la posición de Cataluña en esta pre-

### **3. Designación de fedatarios especiales.**

La Ley estatal otorga a la comisión promotora la capacidad de designar unos fedatarios especiales que autenticarán las firmas de los electores, sin perjuicio de la autenticación realizada por un Notario, por un Secretario Judicial o por el Secretario municipal correspondiente al municipio en cuyo censo electoral se halle inscrito el firmante.

La autenticación deberá indicar la fecha y podrá ser colectiva, pliego por pliego. En este caso, como he apuntado en unos párrafos anteriores, esta facultad es contemplada de forma común en las diferentes regulaciones que hacen las leyes de las Comunidades Autónomas, sin que haya ni una sola excepción.

### **4. Solicitud de información respecto del número de firmas recogidas.**

Los pliegos que contengan las firmas recogidas serán enviados a la Junta Electoral Central, quien los remitirá a la Oficina del Censo Electoral para que acredite la inscripción de los firmantes en el Censo Electoral como mayores de edad, y lleve a cabo la comprobación y el recuento inicial de dichas firmas. La Oficina del Censo Electoral, en el plazo de quince días, remitirá a la Junta Electoral Central certificación de todo ello.

La Ley estatal otorga a la comisión promotora la potestad de recabar en cualquier momento de la Junta Electoral Central la información que estime pertinente respecto del número de firmas recogidas.

En el mismo sentido, esta competencia de solicitud de información es atribuida por las Leyes de Andalucía, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Murcia y País Vasco, mientras que las restantes legislaciones de las Comunidades Autónomas no se pronuncian a los citados efectos.

---

lación viene dada porque el expresado artículo 9 indica que los citados días son hábiles por lo que la facultad otorgada a las comisiones promotoras que se constituyan para la iniciativa legislativa en Cataluña supondrán mayor tiempo que 4 meses pero menos de 6 meses.

## 5. Tramitación parlamentaria.

Las iniciativas legislativas populares se tramitan con carácter general siguiendo el procedimiento legislativo ordinario previsto en los Reglamentos parlamentarios para las proposiciones de ley.

En líneas generales, las iniciativas legislativas populares se someten, como el resto de las proposiciones de ley, al trámite de toma en consideración por el Pleno de la Cámara, si bien en algún caso, como en el Parlamento de Cataluña, se somete a un debate de totalidad, como los proyectos de ley, que puede cerrarse con la votación de las enmiendas a la totalidad, si se hubieren presentado (artículo 105 del Reglamento del Parlamento de Cataluña).

El artículo 87.3 CE es el único precepto constitucional que alude a la iniciativa legislativa popular pero no dice nada respecto a su tramitación parlamentaria.

Como regla general, los miembros de la comisión promotora designados a tal efecto pueden intervenir en el debate de la toma en consideración, pero en algunos casos esa presencia se soslaya con la previsión de la lectura de un escrito de los promotores explicativo de los motivos de la iniciativa. Tal es el caso por ejemplo de Cantabria o de Castilla y León donde se dispone que “el debate de la proposición de ley se iniciará mediante la lectura de la memoria” en la que se detallan las razones que aconsejan, a juicio de los firmantes, la aprobación de la iniciativa legislativa popular. No obstante lo anterior, ello no implica la intervención de miembros de la comisión promotora, únicamente la lectura de una memoria o motivos que justifican la iniciativa y que podrá hacerlo cualquier miembro de la Cámara. Si bien, con la reforma realizada con la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 5 de julio, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la discusión de la iniciativa comenzará con la lectura de la memoria (a la que se refiere los artículos 8 y 18 de la Ley 4/2001 de dicha Comunidad) solo en el supuesto de que no se hiciera uso de la facultad que ostenta la comisión promotora de presentar por uno de sus miembros la proposición de ley, iniciando de este modo el debate para la toma en consideración.

Hay tres grandes momentos, o items, o trámites, en los que pueden incidir la comisión promotora de una iniciativa legislativa popular, a saber:

- Toma en consideración por el Pleno de la Cámara (debate de totalidad, en su caso)

- Comparecencias realizadas en las Comisiones competentes para la tramitación legislativa en la fase de comparecencias de agentes sociales (anterior a la presentación de enmiendas parciales).
- Debate final en el pleno

De todas las Comunidades Autónomas, las regulaciones legales correspondientes a 8 de ellas no prevén ninguna participación, ni defensa por parte de las comisiones promotoras de sus iniciativas legislativas. De las restantes, 7 (Andalucía, Aragón, Canarias, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Galicia) contemplan la participación de una persona designada por la comisión promotora en el trámite de toma en consideración por el Pleno y solamente 2, la catalana y navarra regulan la intervención en los tres estados procedimentales parlamentarios.

No obstante, si bien esto es lo referido a las regulaciones legales, no hay obstáculo alguno para que a través de la regulación realizada por los reglamentos de los parlamentos autonómicos pueda ampliarse la intervención de los miembros de la comisión promotora en la tramitación parlamentaria. Así sucede con la Ley andaluza, que únicamente contempla la participación de un miembro de la comisión promotora en el trámite de toma en consideración por el Pleno y, posteriormente, como se verá en el último capítulo de este estudio, el reglamento de la Cámara parlamentaria andaluza, reformado recientemente<sup>13</sup> otorga la potestad a un representante de la comisión promotora para estar presente en las comparecencias informativas de los agentes sociales y organizaciones interesadas en la regulación de que se trate, y asistir a las reuniones de Comisión donde se debata el dictamen de la proposición y al debate final en el Pleno. Y no únicamente a estar presentes, sino que también ostentan el derecho a intervenir en las citadas sesiones, con voz, otorgándoseles el mismo tiempo que a los grupos parlamentarios.

Voy a continuación a realizar con más detalle lo descrito en los párrafos anteriores.

La Ley Orgánica 3/1984, en la exposición de motivos, establece que una vez recogidas las firmas exigidas, se inicia la tramitación parlamentaria. La

---

<sup>13</sup> Aprobación de la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía de modificación del artículo 125, por el Pleno de la Cámara, el día 11 de octubre de 2012, en el transcurso de la sesión celebrada los días 10 y 11 del mismo mes y año. Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, (BOPA) núm. 90, de 24 de octubre de 2012.

Mesa de la Cámara deberá incluir la Proposición en el orden del día del Pleno para su toma en consideración en el plazo máximo de seis meses. En éste trámite, de acuerdo con las previsiones reglamentarias, se podrá contemplar la participación de una persona designada por la comisión promotora.

Entiendo, no obstante, que de la redacción del precepto, se desprende que es una facultad atribuible en el seno de la Cámara y por tanto deberá regularse por el reglamento de la misma o, en su defecto, por Resolución de la Presidencia o, en su caso, por acuerdo de la Mesa de la Cámara y Junta de Portavoces de la misma, en relación a la decisión de incluir en el orden del día de la sesión plenaria la comparecencia de la persona designada por la comisión promotora que ha de defender la iniciativa legislativa popular y que no parece que la Ley Orgánica obligue a la adopción de acuerdo alguno en este sentido al órgano colegiado de la Cámara. Por otra parte, en el supuesto de la existencia del acuerdo citado o regulación parlamentaria, únicamente podrá participar un máximo de una persona que hará la función de portavoz de la comisión promotora al haber sido designada por ésta.

En este sentido, la Ley estatal establece, en el apartado segundo del artículo 13 bajo la rúbrica *“tramitación parlamentaria”*, que *“La tramitación parlamentaria se efectuará conforme a lo que dispongan los Reglamentos de las Cámaras que podrán contemplar la participación de una persona designada por la comisión promotora”*.

En idéntico sentido, la Ley 7/1984, de iniciativa legislativa popular de Aragón establece en la exposición de motivos la facultad que se concede a un miembro de la propia comisión promotora para que defienda la proposición de ley en el trámite de la toma en consideración por parte del Pleno de las Cortes; quedando con ello garantizada una adecuada defensa de la iniciativa ante el órgano que debe luego tramitarla, intención que queda regulada en el artículo 12 del citado texto legal.

En la misma línea es establecida la regulación de la Comunidad Autónoma de Canarias, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, así como las que más abajo se indican, si bien, respecto a la Comunidad de Galicia, su Ley reguladora establece que en defensa de la proposición de ley, en el debate para la toma en consideración en el Pleno del Parlamento, la comisión promotora podrá designar a uno de sus miembros, pero incluso también a uno de los firmantes de la misma.

También la Ley andaluza 5/1988, a través de la adición de una disposición final en virtud de la Ley 8/2011, establece que *“Las modificaciones realizadas en la*

*presente Ley que afecten a la composición y funcionamiento del Parlamento de Andalucía darán lugar a la adecuación normativa del Reglamento de la Cámara. En particular se determinará el procedimiento para articular la participación de las personas promotoras de las Iniciativas Legislativas Populares en la presentación y defensa en el Pleno de la Cámara y en el seguimiento de los debates, en la forma que reglamentariamente se establezca, para que resulte equivalente a la de diputados y diputadas en las proposiciones de ley, así como su participación en la oportuna Comisión parlamentaria.”* A diferencia de la Ley estatal no contempla “la participación de una persona”, sino la participación de “las personas promotoras” dejando su número y el resto del procedimiento a la regulación que haga el Reglamento del Parlamento de Andalucía.

No obstante lo anterior, pese a este mandato legal, el Reglamento del Parlamento de Andalucía al término de la VIII Legislatura no sufrió modificación alguna como consecuencia de dicho precepto. Hubo que esperar a la actual IX Legislatura y concretamente al 11 de octubre de 2012, cuando el Parlamento de Andalucía, en sesión plenaria, aprobó la reforma de su Reglamento, en el transcurso de la sesión celebrada los días 10 y 11 del mismo mes y año.

Con independencia de lo anterior, la Ley 8/2011 otorga los mismos derechos a la comisión promotora que a los diputados y diputadas que suscriben las proposiciones de ley por lo que puede decirse que adquieren, al menos formalmente, la misma importancia en la tramitación. Este tema lo abarcaré de forma singular en el epígrafe dedicado a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Respecto a la Ley de Cataluña, el artículo 14 de la Ley 1/2006, de 16 de febrero, establece que la comisión parlamentaria correspondiente, una vez celebrado el debate de totalidad, si se aprueba tramitar la iniciativa legislativa, puede oír a las personas que representan a la comisión promotora, en los términos establecidos por el Reglamento del Parlamento para las comparecencias de las organizaciones y los grupos sociales, antes de abrir el período de presentación de enmiendas al articulado. En cualquier caso, creo que es necesario añadir que simplemente es una posibilidad que otorga esta Ley y que, hubiera sido suficiente que dicha facultad la contemplara el Reglamento del Parlamento de Cataluña.

De hecho, el artículo 105 del citado reglamento, en su apartado segundo, como novedad respecto al resto de las demás legislaciones de las Comunidades Autónomas en esta materia, sitúa al mismo nivel que al gobierno o grupos parlamentarios o diputados a los miembros de la comisión promotora de una iniciativa legislativa popular, pues concede a cada uno de ellos quince minutos pa-

ra iniciar el debate de totalidad, presentando el proyecto, proposición de ley o iniciativa legislativa popular, respectivamente. Concretamente, el precepto indicado establece que será “*un miembro de la comisión promotora*”.

Pero ésta, no es la única intervención en la Cámara por parte de los miembros de la comisión promotora, puesto que en la última fase del procedimiento legislativo, en la tramitación final en el pleno, el Reglamento catalán vuelve a igualar las potestades a estos efectos entre el gobierno catalán, los grupos parlamentarios y/o diputados, y los promotores de la iniciativa popular en función de su autoría en relación con la iniciativa a debatir. Tal es el caso, que el artículo 112 de dicho reglamento establece que “*Una vez dictaminado un proyecto de ley en comisión, el debate en el pleno puede iniciarse con la intervención de un miembro del Gobierno o, en el supuesto de una proposición de ley, de los grupos o diputados proponentes o de los promotores de una iniciativa popular...*”

En conclusión, eleva la categoría de los promotores a los efectos indicados como si fueran componentes de la Cámara catalana y los iguala a sus miembros (diputados, diputadas) o Grupos parlamentarios o Gobierno, si bien, claro está, los deja al margen de la fase deliberatoria y aprobatoria. Permite que, incluso en número de tres veces acudan y se dirijan al Parlamento de Cataluña coincidiendo en fases diferentes e importantísimas como son:

a) Debate de totalidad.

b) Comparecencia de las personas que representan a la comisión promotora, en los términos establecidos por el Reglamento del Parlamento para las comparecencias de las organizaciones y los grupos sociales (agentes sociales).

c) Debate final en el pleno

En otro orden de cuestiones, también la Ley catalana 1/2006, de 16 de febrero, faculta, en relación a la tramitación parlamentaria, a la comisión promotora para que pueda hacer llegar a la Mesa del Parlamento propuestas o quejas relativas a la tramitación de la iniciativa.

En definitiva, al día de hoy, la Ley catalana de iniciativa legislativa popular, es la que otorga facultades más amplias a los miembros de la comisión promotora en orden a su intervención y defensa de la iniciativa legislativa.

Otras leyes, como la anteriormente citada Ley 8/2011, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que modifica la Ley 5/1988, de la Comunidad de

Navarra, o la Ley 3/2012, de la Comunidad de Castilla y León, se remiten a la regulación que hagan los reglamentos de sus respectivos Parlamentos, si bien, las formas de regulación son diversas.

Si bien Ley navarra concreta la intervención de un miembro de la comisión promotora de la iniciativa en el debate de su toma en consideración y remite la incorporación a los debates parlamentarios en la forma en que se regule en el Reglamento del Parlamento navarro, la Ley de Castilla y León únicamente regula la intervención de uno de los miembros de la comisión promotora en el debate para la toma en consideración de la proposición de ley, no haciéndose eco de modo alguno de la intervención en las restantes fases parlamentarias.

Respecto a la Ley andaluza, será el reglamento de la Cámara el que determinará el procedimiento para articular la participación de los miembros de la comisión promotora, tanto en la presentación de la iniciativa, como en la defensa y seguimiento de los debates, si bien, la Ley no recoge de forma expresa la participación de estos, encargando dicha tarea al precitado reglamento.

Llegados a este punto, es necesario citar a LARIOS<sup>14</sup> para el cual no cabe duda de que esta participación de los promotores de una iniciativa popular en los debates parlamentarios contribuye a perfeccionar el procedimiento legislativo y a potenciar la expresión del pluralismo político y la integración de intereses.

## **6. Retirada de la iniciativa legislativa.**

Puede considerarse, sin duda, como una incidencia de la tramitación parlamentaria si la misma ya se ha iniciado o como algo ajeno a la misma en casos diferentes. Debido a la peculiaridad de la misma, es por lo que creo conveniente un epígrafe específico para este tema.

Es por tanto la cuestión más controvertida y la que provoca mayor interés doctrinal sobre si es una facultad de la comisión promotora la de poder retirar la iniciativa legislativa popular o al menos, la de solicitar su retirada. Es decir ¿es soberana esta comisión para su retirada o sólo para su presentación y defensa?

---

<sup>14</sup> Vid LARIOS J., ob. cit., pág. 43.

Entiendo que la cuestión, aún siendo polémica en lo que voy a exponer a continuación, podríamos distinguir entre varios tipos de retirada y/o de solicitud de retirada dependiendo del momento en que suceda la misma en relación a la tramitación de la iniciativa.

A. Cuando aún no hay recogida de firmas (pendiente de la admisión a trámite por la Mesa de la Cámara).

En este supuesto no se plantea ningún tipo de problema ante un supuesto de retirada de la iniciativa legislativa popular puesto que aún no se ha llevado a cabo la recogida de firmas ya que la iniciativa legislativa popular no ha sido admitida a trámite aún.

De hecho, el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1984, bajo la rúbrica “Amparo ante el Tribunal Constitucional” otorga la facultad a la comisión promotora a fin de que ésta manifieste si desea retirar la iniciativa o mantenerla una vez que hayan efectuado las modificaciones correspondientes, en el supuesto de que ésta hubiera recurrido con anterioridad ante el Tribunal Constitucional contra la decisión de la Mesa del Congreso de no admitir la proposición de ley, si el Tribunal decidiera que la irregularidad afecta a determinados preceptos de la proposición.

Es evidente que la retirada de la iniciativa legislativa en este caso por los promotores no entraña más problemas, como sucede contrariamente en los supuestos que se verán más adelante, pues aún ni siquiera es admitida por la Mesa de la Cámara. Efectivamente, la retirada por sus ciudadanos no puede ser impedida por ningún obstáculo, ni impedimento, pues son titulares del derecho a la iniciativa legislativa popular y no han intervenido en el procedimiento expuesto en los párrafos anteriores.

En esta misma línea se pronuncia las Leyes de Andalucía, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Madrid y País Vasco que facultan a la comisión promotora con esta misma capacidad.

Como caso análogo, y también en la fase de admisión a trámite, en cuanto a la facultad otorgada a la comisión promotora, es la concedida por la Ley catalana, puesto que en el supuesto de que el Parlamento está tramitando algún proyecto o proposición de ley sobre las mismas materias de que trata la proposición de ley de la iniciativa legislativa popular, la Mesa debe comunicarlo a la

comisión promotora para que decida, en el plazo de quince días hábiles, si mantiene la propuesta o la retira.

B. La Cámara aún no la ha hecho suya (pendiente de toma en consideración o debate de totalidad).

Esta fase intermedia está comprendida entre la admisión a trámite por la Mesa de la Cámara respectiva y la toma en consideración o debate de totalidad, dependiendo de la regulación del procedimiento legislativo que establezca el reglamento del parlamento en cuestión.

En este caso, la iniciativa legislativa popular ya ha recibido las firmas necesarias y se admite a trámite, pero la cuestión, desde mi punto de vista es la que realicé anteriormente y que en otras palabras puede reflejarse en la siguiente pregunta: ¿Tiene facultades la comisión promotora para la retirada de la iniciativa legislativa popular?

Desde mi punto de vista, la comisión promotora no tiene la facultad de poder retirar la iniciativa legislativa popular porque los firmantes de la referida iniciativa han mostrado su voluntad política para la presentación de la iniciativa. Por otro lado, aún no ha podido desvirtuarse el texto como consecuencia de la tramitación parlamentaria pues ésta realmente aún no ha comenzado, ya que la Mesa de la Cámara no entra en calificaciones políticas, ni de oportunidad o de cualquier otro tipo, ya que las calificaciones que realiza son de índole jurídico, si está conforme o no al reglamento del parlamento, si reúne los requisitos exigidos (y, en este caso, a la legislación reguladora de este tipo de iniciativas)... Por tanto, los promotores no pueden plantear la retirada sin el consentimiento de dichos ciudadanos.

Hay una excepción a lo planteado en el párrafo anterior y lo constituye Murcia, de tal forma que el artículo 138.2 del Reglamento de la Asamblea de Murcia faculta, de forma expresa, a los promotores para retirar una iniciativa legislativa popular antes de la votación sobre la toma en consideración. Resulta curioso, no obstante, que es una facultad atribuida por el reglamento de dicha Asamblea cuando su ley específica, reguladora de la Iniciativa legislativa popular no contempla este supuesto.

C. Está en pleno desarrollo del procedimiento legislativo (pendiente del debate final en pleno).

Esta fase conlleva mayor problema puesto que en ella, la Cámara que tramita la iniciativa legislativa popular ya la ha hecho suya a través de la toma en consideración o debate de totalidad. Hay que recordar, que en la mayoría de los reglamentos de los parlamentos autonómicos, incluso es necesaria la adopción de un acuerdo por el Pleno de la Cámara para que la solicitud de retirada de las proposiciones de ley presentadas por los Diputados, Diputadas y Grupos parlamentarios sea efectiva.

Dicho lo anterior, con carácter general, los ordenamientos autonómicos no tienen una previsión específica de las iniciativas legislativas populares respecto a este punto y lo que si hacen los reglamentos de los parlamentos autonómicos es limitarse a decir que su tramitación legislativa será conforme a la regulación realizada por las respectivas proposiciones de ley. Esto, en relación con lo que he expuesto en el párrafo anterior, debe entenderse que la iniciativa legislativa popular puede considerarse ya como perteneciente a la Cámara, dejando sus titulares originarios (sus firmantes) de serlo.

En consecuencia, la comisión promotora no podrá solicitar la retirada de la iniciativa legislativa popular; no obstante, cabe señalar las siguientes excepciones:

En el caso de Cataluña, el Reglamento de su Parlamento no contempla la toma en consideración de ninguna proposición de ley, ya sea presentada por Grupos parlamentarios, Diputados, ciudadanos y municipios. Lo que existe es debate de totalidad lo que supone que las proposiciones de ley tienen el mismo régimen jurídico que los proyectos de ley presentados por el Gobierno catalán y por tanto que podrán retirar la iniciativa en cualquier momento de la tramitación, siempre antes de la votación final en el pleno de la Cámara. La única posibilidad, por tanto, de que una iniciativa legislativa popular, una vez admitida a trámite por la Mesa, pueda verse paralizada o frenada en su procedimiento, sería con la aprobación de una enmienda a la totalidad contra las mismas. Según lo anterior, el artículo 116 del Reglamento del Parlamento catalán establece que el Gobierno y los proponentes, respectivamente, de un proyecto o de una proposición de ley, “pueden solicitar” su retirada mediante escrito a la Mesa antes de iniciarse las votaciones finales en el Pleno y, por otro lado, que la comisión promotora también “puede solicitar” la retirada de las iniciativas legislativas populares. He puesto entre comillas “puede solicitar” porque aunque es la expresión del reglamento, se puede afirmar que la solicitud de retirada debe entenderse plenamente eficaz por si misma, sin necesidad de ratificación del Pleno de la Cámara. (Cuestión que anteriormente no sucedía con el reglamento antiguo antes de su reforma).

Esto no sucede, por ejemplo, en el caso andaluz, pues salvo en el supuesto de los proyectos de ley, que siempre pueden ser retirados de su tramitación por el Gobierno si es antes de la votación final, en el supuesto de las proposiciones de ley, únicamente podrán ser efectivas las solicitudes de retiradas si media acuerdo del Pleno de la Cámara aprobando la misma.

Por otra parte, la Ley aragonesa, Ley 7/1984, de 27 de diciembre, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular ante las Cortes de Aragón, si faculta a la comisión promotora para que pueda solicitar la retirada de la proposición de ley durante su tramitación, si entendiera que alguna enmienda aprobada e introducida en la Proposición desvirtúa el objetivo de la iniciativa.

Pese a la literalidad del precepto establecido en el artículo 12.3 de la Ley 7/1984, de 27 de diciembre, de Iniciativa Legislativa Popular de Aragón, que establece “podrá solicitar que se retire”, parece que lo que realmente faculta no es la presentación de la solicitud de retirada sino la retirada en sí misma, sin necesidad de un acuerdo posterior del Pleno de las Cortes aragonesas pues quien debe entender si alguna enmienda aprobada e introducida en la Proposición desvirtúa el objetivo de la iniciativa es la propia comisión promotora y no otro órgano ajeno a la elaboración de la misma. Esta postura se fortalece aún más si tenemos en consideración el Reglamento de las Cortes de Aragón, concretamente el artículo 142, cuya rúbrica es “*Retirada de proyectos y proposiciones de ley*” y cuyo apartado tercero establece que “*Si se tratara de una proposición de ley de iniciativa legislativa popular, la comisión promotora podrá solicitar la retirada de la proposición de ley durante su tramitación si entendiera que alguna enmienda aprobada e introducida en la misma desvirtúa el objeto de la iniciativa*” y que en contraste con lo que establece el apartado segundo del citado artículo para el caso de una proposición de ley por su proponente, la iniciativa de retirada tendrá pleno efecto por sí sola si se produce antes del acuerdo de la toma en consideración. Adoptado éste, sólo será efectiva la retirada si la acepta el Pleno de las Cortes.

Es decir, el Reglamento del Parlamento aragonés no supedita la solicitud de retirada de la iniciativa legislativa popular a ningún trámite parlamentario como hace respecto al resto de las proposiciones de ley, lo que la sitúa, a mi juicio, por encima de éstas últimas, y a diferencia de la regulación en el caso andaluz, pues la Disposición Final Primera de la Ley andaluza (Ley 8/2011, de 5 de diciembre, relativa a modificación de la Ley 5/1988) establece la futura adaptación del Reglamento de su Cámara para adaptar el procedimiento legislativo para articular la participación de los miembros de las comisiones promotoras de las iniciativas legislativas populares para que “resulte equivalente”

a la de diputados y diputadas en las proposiciones de ley, pero no con facultades superiores.

Efectivamente, la reforma del Reglamento de la Cámara andaluza, publicada recientemente el día 24 de octubre de 2012 no regula la retirada de este tipo de iniciativas por la comisión promotora; por tanto, habrá que acudir en estos supuestos a lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, tal como se verá más adelante.

No comparto pues la opinión de JOAN VINTRÓ CASTELLS, para cuyo autor debe entenderse que la efectividad de la solicitud de retirada depende también de la decisión del Pleno de la Cámara.<sup>15</sup> Si fuera como apunta VINTRÓ CASTELLS, no se explica, a mi juicio, el porqué de la diferenciación de la literalidad de los preceptos cuando quieren regular lo mismo, puesto que se determina que en el caso de las proposiciones de ley, la iniciativa de retirada tendrá pleno efecto por sí sola si se produce antes del acuerdo de la toma en consideración o después si dicha retirada la acepta el Pleno de las Cortes; puntualización que sin embargo el reglamento de las Cortes de Aragón no realiza para el supuesto de la iniciativa legislativa popular. Por tanto, desde mi punto de vista, la Ley aragonesa está otorgando a la comisión promotora las mismas facultades que otorga la Ley catalana para las iniciativas legislativas populares presentadas en aquella Comunidad Autónoma.

En Andalucía, en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final Primera de la Ley 8/2011, que modifica la Ley 5/1988, la Cámara deberá modificar su Reglamento al objeto de adaptar el procedimiento legislativo para articular la participación de las personas promotoras de las Iniciativas Legislativas Populares en la presentación y defensa en el Pleno de la Cámara y en el seguimiento de los debates para que resulte equivalente a la de diputados y diputadas en las proposiciones de ley, así como su participación en la oportuna comisión parlamentaria.

La Cámara, tal como se ha mencionado anteriormente, en cumplimiento de dicho mandato legal, aprobó la citada reforma. El artículo modificado no contempla la retirada de la iniciativa legislativa, por lo que la misma, de manera análoga a la regulación que hace el Reglamento respecto a las proposiciones no de ley en cuanto a sus proponentes, podrá ser retirada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento del Parlamento de An-

---

<sup>15</sup> VINTRÓ CASTELLS, J. y BILBAO UBILLOS, J.M., ob. cit., pág. 24.

dalucía, para las proposiciones de ley, por la comisión promotora, teniendo efecto pleno por sí sola, si se produce antes del acuerdo de la toma en consideración. Adoptado éste, la retirada sólo será efectiva si la acepta el Pleno de la Cámara; entendiendo en este punto que la Cámara, una vez que toma en consideración la proposición de ley presentada por los diputados o Grupos parlamentarios o la iniciativa legislativa popular por la comisión promotora, la hace suya, por lo que la comisión promotora en este caso únicamente podrá solicitar la retirada, siendo necesario el acuerdo del Pleno de la Cámara para que dicha retirada sea efectiva.

### **7. Compensación estatal por los gastos realizados.**

La Ley estatal prevé que el Estado resarcirá a la comisión promotora de los gastos realizados en la difusión de la proposición y la recogida de firmas cuando alcance su tramitación parlamentaria y que estos gastos deberán ser justificados en forma por la comisión promotora.

Otros textos especifican aún más los requisitos parlamentarios que han de alcanzar y exigen ya no sólo alcanzar la tramitación parlamentaria, entendiéndose por ésta, su admisión a trámite, sino que exige la toma en consideración. En un sentido o en otro, así lo establecen las Leyes de las diecisiete Comunidades Autónomas.

### **8. Control institucional y jurisdiccional.**

Como capacidad de las comisiones promotoras, éstas disponen del ejercicio de un control como vía de impugnación de las decisiones de las Mesas de las Cámaras o de la Administración Electoral, que dependiendo a quien vayan dirigidos, será institucional o jurisdiccional. Será institucional, si se solicita la reconsideración de los acuerdos adoptados por las Mesas de los parlamentos autonómicos, mientras que el control será jurisdiccional, si los recursos planteados ante el Tribunal Constitucional son interpuestos en los términos del artículo 42 LOTC.

Voy a hacer la clasificación en orden a la tramitación de la iniciativa legislativa popular, por lo que cabe distinguir entre el proceso de recogida de firmas y la inadmisión a trámite de la iniciativa legislativa popular.

#### A. En el proceso de recogida de firmas.

En esta fase, puede haber recursos frente a las decisiones de las Mesas de las Cámaras, Administración Electoral o Juntas de Control.

En el conjunto de las legislaciones de las Comunidades Autónomas que regulan esta materia, hay escasas regulaciones sobre el tema. Se puede citar no obstante lo previsto en el artículo 15 de la Ley de iniciativa legislativa popular de Castilla y León que establece en su apartado 2º *“Contra el acuerdo de declaración de firmas no válidas a que se refiere el apartado anterior, la comisión promotora, en un plazo de diez días, podrá interponer reclamación ante la propia Junta Electoral, que deberá resolverse en el plazo de cinco días, sin perjuicio de los demás recursos que procedan.”*

Por otro lado, la Comunidad de Cataluña establece, en la disposición transitoria segunda de su Ley reguladora, que *“Contra los acuerdos de la Comisión de Control pueden interponerse los recursos establecidos por las leyes electorales vigentes.”*

En conclusión, parece que no es necesaria una regulación específica en este punto pues los acuerdos de la Administración Electoral y de las Juntas de Control podrían también ser controlados por los cauces de la legislación electoral y de la jurisdicción ordinaria.

Respecto a las decisiones de las Mesas de las Cámaras no existe regulación específica pero no parece que haya mayor problema y por tanto que sea admisible el planteamiento del recurso de amparo del artículo 42 LOTC, el cual, establece que las decisiones sin valor de ley de los órganos de las Cámaras, que puedan vulnerar un derecho fundamental (en este caso el de participación política), son recurribles directamente en amparo ante el Tribunal Constitucional.

#### B. Inadmisión a trámite de la iniciativa legislativa popular.

Hay una previsión general sobre la solicitud a la Mesa de la reconsideración de sus acuerdos, presente en todos los reglamentos parlamentarios, y por tanto, se facultaría a la comisión promotora a planear dicha petición.

Como control jurisdiccional de las decisiones de las Mesas de las Cámaras sobre la inadmisión a trámite de las iniciativas legislativas populares, la Ley Orgánica 3/1984, en la exposición de motivos, establece que la puesta en marcha del procedimiento exige que la comisión promotora presente ante la Mesa de la Cámara un Texto Articulado dotado de unidad sustantiva precedido de una

exposición de motivos. La Mesa realizará un examen de admisibilidad que, de ser negativo, podrá dar lugar a que la comisión promotora interponga recurso de amparo ante el Tribunal. Posteriormente el artículo 6 de este texto legal regulará esta cuestión.

Se desprende de aquí, por tanto, la doble facultad atribuida a la comisión promotora:

- Como aquella que inicia y presenta el texto ante la Cámara.
- Como legitimadora para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.<sup>16</sup>

Por otra parte, la mayor parte de la legislación autonómica (Andalucía, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Madrid y País Vasco) faculta a la comisión promotora a presentar un recurso de amparo directo ante el Tribunal Constitucional en los términos del artículo 42 LOTC, si bien, no es necesario esta previsión específica en la ley autonómica porque la comisión promotora podrá interponer el recurso de amparo pues es suficiente lo previsto en el citado artículo 42.

### III. EL CASO PARTICULAR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. TRAYECTORIA LLEVADA A CABO EN LA CÁMARA ANDALUZA

#### 1. Introducción.

De una forma sucinta, voy a hacer una descripción de la trayectoria llevada a cabo en la Cámara andaluza hasta la actualidad con la aprobación de la reforma de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, por la Ley 8/2011, de 5 de diciembre y la modifica-

---

<sup>16</sup> Vid, por ejemplo, el ATC 428/1989, de 21 de julio, por el que se inadmitió el recurso de amparo interpuesto por la comisión promotora de la iniciativa legislativa popular prevista en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, relativa a la declaración del Rincón de Anchuras como parque natural, iniciativa que no fue admitida a trámite por la Mesa de la Cámara autonómica por entenderla referida a materias ajenas a la competencia regional, o la STC 76/1994, de 14 de marzo, contra el Acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco, de 15 de enero de 1991, por el que se declara la inadmisibilidad de la proposición de ley de iniciativa legislativa.

ción del Reglamento del Parlamento de Andalucía, aprobada el día 11 de octubre de 2012.

Unas líneas que, aunque breve, importantes, pues reflejan la intención del Parlamento andaluz para fortalecer la iniciativa legislativa popular para que la ciudadanía andaluza pueda tener un cauce de participación más vigoroso en la institución parlamentaria, como por ejemplo, que los promotores de una iniciativa legislativa popular puedan participar directamente en la Cámara, dando presencia en el hemiciclo a sus promotores, es decir, dar vida al escaño 110.<sup>17</sup> Esa reforma, referente a la iniciativa legislativa popular, conllevará también la rebaja del número de firmas necesarias, así como su tramitación electrónica.<sup>18</sup>

No obstante, en este epígrafe no voy a realizar un análisis de forma separada de la Ley 8/2011, puesto que la misma ya ha sido estudiada a lo largo de este trabajo a través de sus diversos puntos, y en comparación con las restantes legislaciones de las Comunidades Autónomas. Distingo varias fases en este camino que ha recorrido el legislador andaluz y que se puede sintetizar en los siguientes puntos.

---

<sup>17</sup> Vid STC 136/2011, de 13 de septiembre (antecedentes): "...el art. 66.2 CE atribuye a las Cortes Generales el ejercicio de la potestad legislativa, siendo éstas «el órgano que sirve de instrumento para el ejercicio por los ciudadanos de la soberanía participando en los asuntos públicos por medio de representantes» [STC 78/2006, de 13 de marzo, FJ 3 a)], al haber diseñado nuestro texto constitucional «un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» (STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3). Ahora bien, el procedimiento ordinario de elaboración de las leyes que sirve de instrumento al ejercicio de esa potestad no es de objeto indeterminado, pues el texto constitucional atribuye la iniciativa o la propuesta de iniciativa y, por tanto, confiere el derecho a su ejercicio, a una serie de legitimados [al Gobierno, al Congreso y al Senado (art. 87.1 CE), a las Asambleas de las Comunidades Autónomas (art. 87.2 CE) y a la iniciativa popular (art. 87.3 CE)], únicos habilitados para promover la tramitación y aprobación de disposiciones legislativas a través de las cuales articular la voluntad del pueblo. Los proyectos de ley del Gobierno (art. 88 CE) y las proposiciones de ley de los restantes legitimados (art. 89.1 CE), como forma de articular la iniciativa legislativa son, pues, el «instrumento para poner en movimiento el procedimiento legislativo, ... forzar el debate político y obligar a que los distintos grupos políticos tengan que tomar expreso partido sobre la oportunidad de regular mediante ley una determina materia» (STC 124/1995, de 18 de julio, FJ 3, con relación a las proposiciones de ley)".

<sup>18</sup> Así lo recoge parcialmente la introducción llevada a cabo por el Dictamen relativo al Grupo de Trabajo sobre determinadas modificaciones legislativas y normativas en materia de transparencia y calidad democrática, Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (BOPA) núm 721, de 20 de julio de 2011.

## 2. El Debate del Estado de la Comunidad Autónoma de Andalucía. (Comunicación del Consejo de Gobierno).

Los días 29 y 30 de junio de 2011 tuvo lugar el debate del Estado de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En la intervención realizada por el Presidente de la Junta de Andalucía en dicha sesión plenaria, concretamente el día 29, expuso lo siguiente:

*“...creo conveniente proponer a esta Cámara un fortalecimiento de la iniciativa popular legislativa, de manera que la ciudadanía andaluza pueda tener un cauce de participación más vigoroso en esta Cámara. De acuerdo con ello, propongo que, en la tramitación de una iniciativa legislativa popular, sus promotores puedan participar directamente aquí, en esta Cámara, en su defensa. Queremos dar voz y presencia en el hemiciclo a sus promotores, dando vida a lo que podríamos llamar el escaño 110.” (...)* *“Y esta reforma que propongo podría contemplar también la rebaja del número de firmas necesarias, así como su tramitación electrónica.”*<sup>19</sup>

Esta voluntad manifestada fue materializada en esa sesión plenaria al día siguiente, cuando el Pleno del Parlamento de Andalucía aprobó las propuestas de resolución que se presentaron por los diferentes Grupos parlamentarios con ocasión de dicho debate. Concretamente, la resolución aprobada número 37 (presentada por el Grupo parlamentario Socialista), en la parte que nos afecta, establece lo siguiente:<sup>20</sup>

*“...el Parlamento de Andalucía asume como propia la propuesta formulada por el Presidente de la Junta de Andalucía para, mediante el acuerdo, impulsar una iniciativa que contemple:*

*(...)*

*- Fortalecimiento de la iniciativa popular legislativa, para que los ciudadanos tengan una participación más activa en la actividad legislativa en esta Cámara y se convierta en el escaño 110 del Parlamento. Para ello se reducirá el número de ciudadanos necesarios para proponer una iniciativa en número equivalente al número medio de votos válidos necesarios para*

<sup>19</sup> Transcripción del Debate del Estado de la Comunidad Autónoma de Andalucía 8-11/CCG-000001, correspondiente a la sesión plenaria de los días 29 y 30 de junio de 2011, Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía (DSPA), núm 123, de 29 de junio de 2011.

<sup>20</sup> Texto parcial de las Resoluciones aprobadas por el Pleno del Parlamento de Andalucía con ocasión del debate del Estado de la Comunidad Autónoma de Andalucía 8-11/CCG-000001, correspondiente a la sesión plenaria de los días 29 y 30 de junio de 2011, Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (BO-PA) núm. 715, de 8 de julio de 2011.

*obtener un escaño en cada legislatura. Asimismo, la modificación de la Ley debe permitir participar directamente en su defensa, promoción y tramitación en la Cámara.*

*Para lograr este acuerdo se creará un grupo de trabajo que en sus conclusiones propondrá las modificaciones legislativas y normativas que permitan alcanzar los objetivos propuestos de transparencia y calidad democrática.”*

### **3. Dictamen de la Comisión de Presidencia en relación con el informe del Grupo de Trabajo sobre determinadas modificaciones legislativas y normativas en materia de transparencia y calidad democrática.**

Consecuente con lo anterior, el Parlamento de Andalucía creó, en el seno de la Comisión de Presidencia, el Grupo de Trabajo sobre determinadas modificaciones legislativas y normativas en materia de transparencia y calidad democrática.

El citado Grupo de Trabajo se reunió en dos ocasiones. La primera de las cuales, el día 12 de julio de 2011, se constituyó y elaboró el plan de trabajo del Grupo. En la segunda de las ocasiones se debatió las propuestas de resolución y se aprobó el informe del Grupo.

El día 19 del citado mes, la Mesa de la Comisión de Presidencia calificó favorablemente y admitió a trámite los votos particulares presentados por los GG.PP. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía y Popular de Andalucía, en relación con el Informe aprobado, en sesión celebrada el día 14 de julio de 2011, por el Grupo de Trabajo sobre determinadas modificaciones legislativas y normativas en materia de transparencia y calidad democrática.

El mismo día 19 de julio, la citada Comisión aprobó el Dictamen y de acuerdo con lo previsto en el artículo 54.4 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, la Comisión acordó, considerada la importancia de los hechos que motivaron la creación del grupo de trabajo, que el citado dictamen fuera debatido en Pleno.

Respecto a la iniciativa legislativa popular, cabe extraerse el siguiente contenido del dictamen citado:

En la introducción al dictamen, se señala que *“Las últimas encuestas elaboradas por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) confirman la existencia de una pérdida de*

*confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, siendo un hecho no solo en nuestro país sino en todos los países de occidente. Se trata, por tanto, de realizar una primera reflexión sobre el origen de esta pérdida de confianza y el contexto en el que se inicia una degradación en el prestigio y la legitimidad del ámbito público que arrastra de manera similar la actividad política.*

*En el pasado debate del estado de la Comunidad, celebrado los días 29 y 30 de junio, se ofreció por parte del Presidente de la Junta de Andalucía un gran acuerdo para prestigiar la política, para “romper clichés perversos que hacen daño a las instituciones”; un acuerdo, además, que se pueda tramitar como proposición de ley de carácter inmediato. Este anuncio, que ha derivado en el presente grupo de trabajo, tiene como pilares básicos los siguientes puntos:”*

*(...)*

*“...y fortalecer la iniciativa legislativa popular, de manera que la ciudadanía andaluza pueda tener un cauce de participación más vigoroso en la institución parlamentaria, como, por ejemplo, que los promotores de una iniciativa legislativa popular puedan participar directamente en la Cámara, dando presencia en el hemiciclo a sus promotores, es decir, dar vida al escaño 110. Esta reforma, referente a la iniciativa legislativa popular, conllevará también la rebaja del número de firmas necesarias, así como su tramitación electrónica.”*

En las propuestas para debate y reflexión sobre determinadas modificaciones legislativas en materia de transparencia y calidad democrática, es pertinente destacar y transcribir las aprobadas con los números 11 a 14:

*“11. Impulsar una modificación del Reglamento del Parlamento de Andalucía para facilitar aquella actividad parlamentaria que resulte necesaria durante el mes de julio, así como activar posibles mecanismos de sanción por la ausencia de los diputados o diputadas a su actividad parlamentaria.*

*12. Impulsar una reforma de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, y del Reglamento del Parlamento de Andalucía, para habilitar un escaño, denominado “110”, con el fin de que los promotores de una iniciativa legislativa popular puedan tener voz y presencia en el hemiciclo y en toda su tramitación parlamentaria.*

*13. Impulsar una modificación de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, para fortalecer la participación en vía parlamentaria consistente en reducir el número de firmas a 40.000 para la presentación de una iniciativa legislativa popular, facilitando el sistema de firma electrónica para su recogida, así como incrementar el plazo establecido actualmente para la recogida de estas firmas de cuatro a seis meses.*

14. *Impulsar una modificación de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, que favorezca y facilite la presentación en sede parlamentaria de una iniciativa legislativa de los ayuntamientos comprendidos en el territorio de la Comunidad Autónoma andaluza, consistente en reducir de 35 a 25 el número de ayuntamientos que acuerden por mayoría absoluta, en sus plenos, la presentación de esta iniciativa ante el Parlamento de Andalucía.*”

Este mismo dictamen de la Comisión de Presidencia fue aprobado tal cual por el Pleno del Parlamento de Andalucía, en sesión celebrada el día 21 de julio de 2011.<sup>21</sup>

#### **4. Proposiciones de Ley presentadas relativas a la modificación de la iniciativa legislativa popular.**

Como resultado de todo este proceso, se presentaron tres proposiciones de ley, una cada Grupo parlamentario. Además, las correspondientes a los Grupos parlamentarios Socialista y Popular de Andalucía fueron por el procedimiento de urgencia.

##### A. Grupo parlamentario Socialista.

Su tramitación está finalizada. Como resultado se aprobó la Ley 8/2011, de 5 de diciembre. A la misma se presentaron 15 enmiendas con el siguiente resultado:

Grupo PARLAMENT.	PRESENTADAS	FAVORABLES	APROBADAS	RECHAZADAS
Socialista	5	5	5	
Popular	1	1		1
IULV-CA	9	9		9

---

<sup>21</sup> Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (BOPA), núm. 725, de 27 de julio de 2011.

No obstante, quiero hacer las siguientes observaciones en relación con la Ley aprobada, consecuencia de esta Proposición de Ley, en relación con las propuestas aprobadas por el Pleno del Parlamento de Andalucía:

Lo único que cumple de las cuatro propuestas aprobadas por el Pleno del Parlamento de Andalucía, en sesión celebrada el día 21 de julio de 2011, son los requisitos del número de firmas consistente en la reducción a 40.000 firmantes y de 35 a 25 el número de ayuntamientos que acuerden por mayoría absoluta la presentación de esta iniciativa ante el Parlamento de Andalucía.

Respecto al punto 12, al objeto de que los promotores de una iniciativa legislativa popular puedan tener voz y presencia en el hemiciclo y en toda su tramitación parlamentaria, la disposición final primera de la ley se limita a establecer que habrá una adecuación normativa del Reglamento de la Cámara “...*En particular se determinará el procedimiento para articular la participación de las personas promotoras de las Iniciativas Legislativas Populares en la presentación y defensa en el Pleno de la Cámara y en el seguimiento de los debates, en la forma que reglamentariamente se establezca, para que resulte equivalente a la de diputados y diputadas en las Proposiciones de Ley, así como su participación en la oportuna Comisión parlamentaria*”, es decir hay una deslegalización puesto que se podía haber regulado por ley o al menos ésta haber indicado al legislador las pautas fundamentales que debería realizar para la reforma del Reglamento del Parlamento en estos puntos, pero se ha limitado a indicar que habrá una adecuación normativa del Reglamento del Parlamento.

Respecto a la segunda parte de la propuesta número 13, referida a la firma electrónica, hay de nuevo una delegación al Reglamento del Parlamento pues el artículo 9.3 bis, establece que “*Reglamentariamente se establecerán los requisitos necesarios para que el procedimiento de recogida de firmas pueda realizarse a través del sistema de firma electrónica.*”<sup>22</sup>

Respecto al punto 11, la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía, como consecuencia de dicho precepto, al término de la VIII Legislatura, no se llevó a cabo. Ni siquiera se planteó propuesta de reforma para su tramitación que tuviera como finalidad la misma. Ignoro si fue por desidia política o porque la legislatura finalizó al disolverse la Cámara con antelación. Ya constituida la IX Legislatura fue llevada a cabo la reforma como se verá en el último epígrafe.

---

<sup>22</sup> Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (BOPA), núm. 795, de 1 de diciembre de 2011, donde se publica la Ley.

## B. Grupo parlamentario Popular de Andalucía.

La toma en consideración de la Proposición de ley presentada por este Grupo parlamentario fue rechazada en la misma sesión plenaria (14 de septiembre de 2011) en que fue tomada en consideración la del Grupo parlamentario Socialista.

No obstante, la misma no afectaba únicamente la iniciativa legislativa popular sino a múltiples normas, de hecho, el título de la citada proposición de ley es “*Proposición de Ley relativa a modificación de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos; de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía; de la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos; de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía*”.

Respecto al tema que nos ocupa, de toda la Proposición de ley, únicamente dedicaba un artículo a la iniciativa legislativa popular, el octavo.

Como notas más características, suponía la rebaja de firmantes a 40.000 como requisito mínimo (este punto coincide con la ley aprobada) y en cuánto al plazo de recogida de firmas que establecía 6 meses con una posible prórroga en dos meses más (regulación también coincidente con la Ley aprobada).<sup>23</sup>

Sin embargo no contempla en absoluto la posibilidad de adecuar el Reglamento del Parlamento de Andalucía al objeto de la participación de los miembros de la comisión promotora de las Iniciativas Legislativas Populares en la presentación y defensa en el Pleno de la Cámara.

## C. Grupo parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía.

La proposición de ley presentada por este Grupo parlamentario, curiosamente, seguía como pendiente de tramitación (si bien, esta situación no es contraria al Reglamento de la Cámara) después de la aprobación de la Proposición

---

<sup>23</sup> Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (BOPA) núm. 736, de 2 de septiembre de 2011, donde se publica el texto íntegro de la Proposición de Ley.

de ley presentada por el Grupo parlamentario Socialista o el rechazo de la presentada por el Grupo parlamentario Popular de Andalucía. Con la finalización de la legislatura y de conformidad con el artículo 192 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, la misma caducó.

Destaca en su texto la rebaja de firmantes, también a 40.000 como requisito mínimo (este punto coincide con la Ley aprobada) y en cuánto al plazo de recogida de firmas que establecía 6 meses con una posible prórroga en tres meses más.

Y en el artículo 4º y disposición final 1ª recoge, respectivamente, la firma electrónica de estas iniciativas legislativas, y la adecuación normativa del Reglamento del Parlamento de Andalucía para facilitar la participación de las personas promotoras de las iniciativas legislativas. Ambos puntos recogen de esta forma, al igual que lo hace la Proposición de Ley socialista, las propuestas aprobadas por el Pleno del Parlamento de Andalucía en relación al Dictamen de la Comisión de Presidencia en relación con el informe del Grupo de Trabajo sobre determinadas modificaciones legislativas y normativas en materia de transparencia y calidad democrática.<sup>24</sup>

## **5. El último trámite: La reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía.**

El nuevo artículo 125 introducido con la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía es el colofón, último, pero necesario para llevar a buen término el deseo del legislador en materia de iniciativa legislativa popular. Se llevó a cabo mediante la aprobación por el Pleno de la Cámara el día 11 de octubre de 2012.<sup>25</sup>

A nivel estatal, como antecedentes ya citados, reseñar el artículo 87.3 CE y la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, modificada por Ley Orgánica 4/2006, de 26 de mayo.

A nivel autonómico, partimos de los artículos 10.3.19.º, 30 y 111 del Esta-

---

<sup>24</sup> Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (BOPA) núm. 739, de 9 de septiembre de 2011, donde se publica el texto íntegro de la Proposición de Ley.

<sup>25</sup> Sesión del Pleno del Parlamento de los días 10 y 11 de octubre de 2012. Publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, (BOPA) núm. 90, de 24 de octubre de 2012.

tuto de Autonomía para Andalucía, que reconocen la participación ciudadana como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma y la iniciativa legislativa de los ciudadanos como parte fundamental de los derechos sociales, deberes y políticas públicas, y deriva a una ley el ejercicio de este derecho. Esta Ley es la 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos, modificada por la Ley 8/2011, de 5 de diciembre.

Esta última Ley realiza un fortalecimiento significativo de la iniciativa legislativa popular, facilitando y flexibilizando determinadas exigencias, pero fundamentalmente, otorgando determinadas facultades a la comisión promotora, de manera especial, en lo que se refiere a la tramitación parlamentaria.

De tal forma, la disposición final primera de la Ley 8/2011 establece que *“Las modificaciones realizadas en la presente Ley que afecten a la composición y funcionamiento del Parlamento de Andalucía darán lugar a la adecuación normativa del Reglamento de la Cámara. En particular se determinará el procedimiento para articular la participación de las personas promotoras de las Iniciativas Legislativas Populares en la presentación y defensa en el Pleno de la Cámara y en el seguimiento de los debates, en la forma que reglamentariamente se establezca, para que resulte equivalente a la de diputados y diputadas en las Proposiciones de Ley, así como su participación en la oportuna Comisión parlamentaria”*.

En consecuencia, es necesario una reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía que fortalezca la iniciativa legislativa popular. Y esta reforma recoge no solo lo previsto por la Ley autonómica relativo a la presentación y defensa de la proposición en el debate de toma en consideración en Pleno por un representante de la comisión promotora designado por esta, sino que va más lejos, porque atribuye a dicho representante poder estar presente en las comparecencias informativas de los agentes sociales y organizaciones interesadas en la regulación de que se trate, sino también la de asistir tanto a las reuniones de Comisión donde se debata el dictamen de la proposición, como al debate final en el Pleno, teniendo derecho a intervenir en tales sesiones, con voz, al comienzo del turno de los grupos parlamentarios y por el mismo tiempo que estos.

Si bien, se denota claramente un fortalecimiento de esta tipología de iniciativas, no podemos confundir a este representante designado por la comisión promotora con un diputado más, con un representante del pueblo andaluz, elegido democráticamente a través de las urnas. La presentación de la iniciativa, el debate, las intervenciones... acercan las posiciones de uno y otros, pero también es necesario diferenciarlas, pues no existe una equivalencia absoluta.

En la fase de las “comparencias informativas” que regula el actual artículo 112 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, se faculta a los Grupos parlamentarios y Diputados para realizar propuestas en orden a que comparezcan ante la Comisión competente, encargada de tramitar determinada iniciativa legislativa, los agentes sociales y organizaciones que pudiesen estar interesados en la regulación de que se trate. Estos comparecientes han de tener la consideración de representantes de colectivos sociales, y además, afectados por el contenido del proyecto de ley. Excepcionalmente podrán comparecer personas a título individual. Establece también dicho artículo que es la Mesa de la Comisión la que debe apreciar en cada caso la oportunidad de las solicitudes de comparencia efectuadas por los Grupos parlamentarios.

Pues bien, de la propia reforma reglamentaria, con el nuevo artículo 125, se deduce que la comparencia del representante de la comisión promotora no es una facultad otorgada a los Grupos parlamentarios y Diputados, sino a la comisión promotora de la iniciativa legislativa popular. Como tal facultad, es la comisión promotora quien tendrá el derecho de asistir o no a dicha fase parlamentaria, sin que sea una potestad a favor de aquellos sujetos parlamentarios. Igualmente es predicable esta circunstancia en cuanto a la competencia de la Mesa de la Comisión para apreciar en cada caso la oportunidad de las solicitudes de comparencia puesto que en estos casos, no cabe apreciación ninguna por el citado órgano parlamentario. Y en la misma línea se puede decir que la excepcionalidad, prevista en el apartado segundo del mencionado artículo reglamentario, en el sentido de que únicamente podrán comparecer personas individuales con carácter excepcional, se convierte, en este tipo de iniciativas y en esta fase parlamentaria, en lo normal, pues lo normal es que sean personas individuales las designadas por la comisión promotora.

Respecto al resto de las fases parlamentarias, (incluida la presentación y defensa de la proposición en el debate de toma en consideración en Pleno), el representante de la comisión promotora no podrá realizar votación alguna, de hecho, el nuevo artículo 125 *in fine* establece respecto a dicho sujeto “(...) *teniendo derecho a intervenir en tales sesiones, con voz (...)*”. Pero, además, concreta que dichas intervenciones serán “(...) *al comienzo del turno de los grupos parlamentarios (...)*”. En definitiva, entiendo que no solo, como es obvio, se priva del derecho a voto (que únicamente ostentan los miembros de la Cámara de representantes) sino que además su intervención se concreta al inicio de todo debate, privándoles de la intervención en cualquier momento (oportunidad política) y además esta intervención será por una única vez (en cada fase parlamentaria).

Esas fases parlamentarias a las que se refiere la nueva regulación es la correspondiente a la presentación y defensa de la proposición en el debate de toma en consideración en el Pleno, elaboración del dictamen en Comisión y el debate final en Pleno. En ningún momento se cita la fase de ponencia que se reserva de modo íntegro a los Diputados. Podría ser objeto de debate si hubiera sido recomendable la asistencia e intervención en esta fase, al menos, con voz, del representante de la comisión promotora para un mayor acercamiento entre los diferentes Ponentes y mayor acuerdo en la redacción del Informe de la Ponencia. No obstante lo anterior, en cualquier caso, se ha querido limitar el acceso a esta fase únicamente a los designados por cada Grupo parlamentario.

Pese a estas limitaciones, por otro lado, lógicas, si entendemos no solo el “juego” parlamentario, sino sobre todo el “juego” político, se ha fortalecido enormemente la iniciativa legislativa popular, pasando la misma de la mera presentación de una iniciativa de texto legislativo a un otorgamiento a su comisión promotora de una serie de derechos y facultades “casi equiparables” a la de nuestros representantes, incorporando de este modo un gran correctivo a la democracia representativa acercándola a la democracia pura.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

BILBAO UBILLOS, J. M.: “La iniciativa legislativa popular en la UE y en las Comunidades Autónomas”, En: *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

CABEDO MALLOL, V., “La iniciativa legislativa popular en las Comunidades Autónomas: la necesaria reforma de su legislación” En: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24 (2009).

CUESTA LÓPEZ, V.M., *Participación directa e iniciativa legislativa el ciudadano en democracia constitucional*. Tesis doctoral dirigida por Juan Fernando López Aguilar y Juan Ramón Rodríguez-Drincourt Álvarez. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2007.

EXPÓSITO GÓMEZ, E. y CASTELLA, J.M. “Los derechos políticos y ante la Administración en el Estatuto de Autonomía de Cataluña”. En: *Derechos y principios rectores en los estatutos de autonomía*, Miguel A. Aparicio, (ed.). Barcelona: Atelier, 2008.

LARIOS J., “Participació dels ciutadans en el procediment legislatiu: la nova regulació de la iniciativa legislativa popular i les compareixences legislatives”. En: *Revista Catalana de Dret Públic*, núm 37 (2008).

MEDINA GUERRERO, M., “La ampliación de la iniciativa legislativa popular”. En: *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, págs. 291-301, núm 80 (2011).

MURO i BAS, X., “Algunas cuestiones en torno a la iniciativa legislativa popular”. En: *Corts, Anuario de derecho parlamentario*, Cortes Valencianas, núm. 19 (2007), págs. 361-395.

RODRÍGUEZ-ESPINAR, E., “Nous elements de major democratització de la UE: la Iniciativa Legislativa Popular Europea i el paper dels parlaments nacionals”. En: *Àmbits de política i societat*, págs. 57-60, núm 46 (2011).

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. y MELLADO PRADO P. *La Constitución democrática española y sus fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

VINTRÓ CASTELLS, J., y BILBAO UBILLOS, J. M.: *Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

# La adecuación de la legislación de las Administraciones Públicas andaluzas al marco jurídico de la cooperación transfronteriza\*

*Francisco Toscano Gil*

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. ANÁLISIS DE LAS LEYES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANDALUZAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA. 1. Las leyes de la Administración de la Junta de Andalucía. 2. Las leyes de las Administraciones locales de Andalucía. III. CONCLUSIONES.

## RESUMEN:

El objeto de este trabajo es analizar las leyes de las Administraciones Públicas de Andalucía, con el fin de determinar en qué medida se adecuan al marco jurídico general de la cooperación transfronteriza, y si se contempla en ellas fórmulas específicas de cooperación transfronteriza. Se presta especial atención a instrumentos como los convenios de cooperación, a la creación de organizaciones personificadas, como consorcios, sociedades mercantiles y fundaciones, y a la introducción de una figura nueva en el Derecho andaluz, las llamadas redes de cooperación territorial.

Palabras clave: cooperación territorial; cooperación transfronteriza; legislación administrativa; Administraciones Públicas de Andalucía.

---

\* Este trabajo tiene su origen en una comunicación presentada al I Congreso Europeo de Cooperación Territorial Europea y de Vecindad, organizado por el Centro de Estudios Andaluces, en Sevilla el 18 de abril de 2012.

## ABSTRACTS:

The purpose of this paper is to analyze the laws of the Public Administrations of Andalusia, to determine if they are adapted to the juridical general frame of the cross-border cooperation, and if there are contemplated in them specific formulae of cross-border cooperation. Special attention is given to instruments such as cooperation agreements, the creation of personified organizations such as consortia, corporations and foundations, and the introduction of a new figure in the Andalusian law, so-called territorial cooperation networks.

Keywords: territorial cooperation; cross-border cooperation; administrative law; Public Administrations of Andalusia.

## I. PLANTEAMIENTO

Por todos es sabido, que el ordenamiento jurídico español no atribuye a las Comunidades Autónomas competencias en materia de relaciones internacionales, siendo ésta una cuestión que se reserva en exclusiva al Estado por nuestra Constitución (art. 149.1.3º). Si bien, no es menos cierto, que la realidad demuestra que las Comunidades Autónomas, y el resto de entidades territoriales que conforman nuestro Estado descentralizado (Municipios y Provincias), entablan relaciones con entidades públicas de otros Estados. Esta realidad ha sido en gran medida reconocida por nuestro Tribunal Constitucional, que, desde su Sentencia 165/1994, de 26 de mayo, admite que, sin invadir la esfera propia de las relaciones internacionales, las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo actividades con una proyección hacia el exterior, relacionadas con el ejercicio de sus competencias. La acción exterior de las Comunidades Autónomas tiene su límite en el ejercicio del *ius contrahendi*, en originar obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, incidir en la política exterior del Estado, y generar responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales (F.J. 6 STC 165/1994). Pero, con estas limitaciones, las competencias autonómicas sobre acción exterior son una realidad aceptada por el Tribunal Constitucional<sup>1</sup>, que se ha visto re-

---

<sup>1</sup> Vid. LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I. (2007): "Las relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con otros entes públicos", en TEROL BECERRA, M.J. (dir.), *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Las relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con otros entes públicos. Pareceres*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, pág. 23. También al respecto, puede verse HOLGADO GONZÁLEZ, M. (2009): "Acción exterior", en TEROL BECERRA, M.J. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 647.

flejada en los distintos Estatutos de Autonomía, especialmente, en las reformas de estos últimos años<sup>2</sup>.

En el ejercicio de sus competencias sobre acción exterior, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha venido desarrollando, en los últimos tiempos, importantes y variadas iniciativas, que, no por poco conocidas, deben considerarse, en su trascendencia, de carácter menor<sup>3</sup>. De entre estas iniciativas destacan, por su funcionalidad, las dirigidas a la cooperación territorial con entidades públicas de Estados extranjeros, muy especialmente, aunque no sólo, la cooperación territorial europea, en sus vertientes de cooperación transnacional, cooperación interregional, y cooperación transfronteriza. Y, de entre todas éstas, resulta especialmente interesante la acción pública en cooperación transfronteriza, ya que, por la propia cercanía que implica la idea de encuentro entre fronteras, su utilidad puede ser percibida de forma más directa por el ciudadano.

Para que nos hagamos una idea de lo que estamos diciendo, nada mejor que situarse ante ejemplos concretos. Son, desde luego, significativos muchos de los proyectos de cooperación en los que ha participado Andalucía en el marco del Programa de Cooperación Transfronteriza España-Portugal (2007-2013), aprobado por la Comisión Europea el 25 de octubre de 2007, y que, en lo que a Andalucía respecta, ha servido para fortalecer sus relaciones con el Alentejo y el Algarve portugués. No hay más que echar un vistazo a los medios de comunicación para darse cuenta de la relevancia de estos proyectos.

Así, en el momento en que se redactan estas líneas, se acaba de inaugurar el cuarto puente internacional entre Portugal y España, construido sobre el río Chanza, y que une la comarca del Andévalo en Huelva con el Bajo Alentejo portugués. Es un claro ejemplo de cooperación transfronteriza, que, al mejorar las comunicaciones, repercutirá, indudablemente, sobre el desarrollo socioeconómico a uno y otro lado de la frontera. En la construcción de este puente, han cooperado, hasta donde sabemos, de un lado, la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, y la Diputación Provincial de Huelva, y, de otro, la Cámara Municipal de Serpa.

---

<sup>2</sup> De hecho, al hilo del recurso sobre la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de reiterar esta doctrina, lo que ha hecho en la conocida STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 (FF.JJ. 125 y 126)

<sup>3</sup> Puede verse una síntesis de estas actuaciones en TUNÓN, J. (ed.), IGLESIAS, M., ROLDÁN, J., DANDOY, R. y CARMONA, A. (2011): *Gobernanza multinivel: el reto de las regiones mediterráneas. Una perspectiva andaluza*, Consejería de la Presidencia, Centro de Estudios Andaluces, Junta de Andalucía, Sevilla, págs. 15 y 16.

Pero también pueden ponerse otros ejemplos recientes, en sectores bien diversos, como el medioambiental, en el que la cooperación transfronteriza a través de una red en la que participan la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, la Universidad de Huelva y la Administración de la Región Hidrográfica del Algarve, ha facilitado la reintroducción del águila pescadora en los parajes naturales de Marismas del Odiel (Huelva) y la Reserva Natural do Sapal de Castro Marim e Vila Real de Santo António (Portugal). O el desarrollo tecnológico, impulsado desde la Universidad, en concreto, las de Huelva y Algarve, que, con participación, entre otros, de diversas entidades del sector público andaluz y del municipio de Faro, han desarrollado un concurso de ideas para la creación de empresas de base tecnológica, en las que la cooperación transfronteriza se fomenta como factor de competitividad y de promoción del empleo.

Como puede verse, la cooperación transfronteriza aparece como cauce de articulación de intereses bien diversos, con la participación de actores públicos de diferente naturaleza, no sólo la Administración General de la región, sino también sus entidades instrumentales o especializadas, y no sólo la Administración autonómica o regional, sino también las Administraciones locales. A su vez, ésta se articula a través de diferentes mecanismos de relación, que van desde los menos formalizados, como pueden ser la firma de protocolos, acuerdos o convenios de colaboración, la constitución de redes de cooperación, Grupos y Comunidades de Trabajo, a fórmulas más pesadas de organización, como la creación de Consorcios transfronterizos o de Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial<sup>4</sup>. La elección de la fórmula de cooperación suele venir condicionada por las exigencias del Derecho de la Unión Europea, en cuanto, la cooperación que se lleva a cabo en el seno de ésta, permite acogerse a importantes fuentes de financiación, presupuestadas para el logro de los intereses de la Unión en materia de cooperación territorial europea, fundamentalmente fondos FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional).

Subrayada la importancia de la cooperación transfronteriza, así como de la utilización de las fórmulas más adecuadas para ello, tenemos que decir que no es el análisis de estas últimas el objeto de este trabajo, cuyo propósito no es atender al marco jurídico europeo de la cooperación transfronteriza, ni en el

---

<sup>4</sup> En lo que hace a las fórmulas organizativas, que permiten la creación de una estructura permanente de cooperación, puede verse el análisis de MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (2010): "El derecho de las entidades locales españolas a participar en los organismos de cooperación transfronteriza", *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2009*, núm. 1, págs. 233-261.

seno del Consejo de Europa ni en el de la Unión Europea. La finalidad de este trabajo es examinar las normas por las que se rigen las Administraciones Públicas de Andalucía, con el fin de determinar si en dichas normas se atiende o no a la regulación de fórmulas propias de cooperación transfronteriza, más allá de las propias del Derecho europeo. Dicho de otra manera, se trata de ver en qué medida las leyes de las Administraciones Públicas andaluzas contemplan la cooperación transfronteriza, o, no contemplándola, en qué medida casan con el marco jurídico general diseñado por el Derecho europeo, permitiendo la puesta en marcha de técnicas jurídicas de cooperación transfronteriza por nuestras Administraciones Públicas.

Para una adecuada definición del objeto de nuestro estudio, debemos delimitar el mismo, lo que exige llevar a cabo una triple acotación, referida, en un primer término, a los sujetos de la cooperación, en un segundo término, al tipo de cooperación, y, en un tercer término, a la normativa reguladora de la cooperación.

En primer lugar, en lo que hace a los sujetos de la cooperación, tenemos que indicar que cuando nos referimos a las Administraciones Públicas andaluzas nos estamos refiriendo a las que forman parte de la organización territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los términos del art. 89.1 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en adelante EAA), en interpretación acorde al art. 137 de la Constitución Española. Por tanto, Administraciones Públicas andaluzas lo son la propia Administración de la Junta de Andalucía, pero también las Administraciones de sus Municipios y Provincias, así como las de las demás entidades territoriales que decidan crearse por ley en el ejercicio de la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma por el art. 59 del EAA.

También son Administraciones Públicas andaluzas las entidades instrumentales con personalidad jurídico-pública, esto es, las llamadas Administraciones especializadas o institucionales, que se encuentren adscritas a las anteriores. No obstante, por su naturaleza de entidad instrumental, no territorial, difícilmente puede plantearse la atribución a éstas de la construcción de instrumentos de cooperación transfronteriza, al margen de las entidades territoriales de las que dependen, sin perjuicio de que, en el contexto de su relación con éstas, sí puedan ejercer funciones de cooperación<sup>5</sup>. Lo mismo puede de-

---

<sup>5</sup> Sobre el concepto de Administración especializada o institucional, véase, entre otros, GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2011): *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, págs. 163 y ss.

cirse respecto de las entidades jurídico-privadas que conforman el sector público, aunque, en este caso, de ninguna manera pueden considerarse Administraciones Públicas<sup>6</sup>.

En segundo lugar, en lo que hace al tipo de cooperación objeto de este trabajo, lo primero que tenemos que aclarar es que aquí estamos hablando de cooperación territorial, no de cooperación al desarrollo, que es cosa distinta, aunque a veces se desarrolle de forma paralela. A su vez, dentro de los diversos tipos de cooperación territorial posibles, como ya se ha dicho, la que nos interesa es la llamada cooperación transfronteriza, entendiendo por tal aquella modalidad de cooperación territorial que se produce entre entidades públicas limítrofes distintas del Estado. Por tanto, no abordaremos aquí ni la cooperación transnacional ni la cooperación interregional, si bien es cierto que, como se verá, muchas de nuestras conclusiones pueden extenderse también a estos otros dos tipos de cooperación territorial<sup>7</sup>.

La consideración conjunta de esta segunda delimitación junto con la primera, arroja como resultado la conclusión de que la cooperación transfronteriza de las Administraciones Públicas andaluzas se producirá, en todo caso, con entidades públicas pertenecientes a los Estados de Portugal y de Marruecos, por ser éstos los fronterizos con Andalucía, aunque en el segundo caso esté el mar por medio, no siendo más de 14 kilómetros los que separan las costas africanas del Estrecho de Gibraltar<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Acerca del estado actual del sector público andaluz, puede verse el reciente trabajo de FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2011): “La reordenación del Sector Público Andaluz. Reflexiones para el debate”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 80, págs. 13-80.

<sup>7</sup> Según BELTRÁN GARCÍA, el principal cometido de la cooperación territorial es “favorecer un desarrollo equilibrado del territorio mediante la cooperación transfronteriza, transnacional e interregional”. La primera promueve la colaboración entre entidades limítrofes, la segunda, a partir del establecimiento de grandes zonas, promueve la colaboración entre autoridades nacionales, regionales y locales, mientras que la tercera incentiva, a su vez, las iniciativas entre entidades territoriales. *Cf.* BELTRÁN GARCÍA, S. (2008): “Las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial (AECT): un instrumento sui generis”, en CANALS AMETTLER, D. y GALÁN GALÁN, A. (coord.), *Entidades locales y fronteras. Instrumentos jurídicos de cooperación transfronteriza*, Fundació Carles Pi i Sunyer d’estudis autonòmics i locals, Barcelona, págs. 89 y 90.

<sup>8</sup> En lo que hace a la cooperación transfronteriza entre Andalucía y las entidades públicas portuguesas, debe destacarse, por ser el instrumento más reciente, la firma del Convenio de Cooperación Transfronteriza para la constitución de la Comunidad de Trabajo “Euroregión Alentejo-Algarve-Andalucía”, suscrito entre la Administración de la Junta de Andalucía, la Comisión de Coordinación y Desarrollo Regional del Alentejo, y la Comisión de Coordinación y Desarrollo Regional del Algarve (publicado en BOJA núm. 134 de 9 de julio de 2010). El marco jurídico previo a este último instrumento ha sido objeto de un completo estudio en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coord.), VV.AA. (2008): *La asimetría institucional entre España y Portugal en el marco de la cooperación transfronteriza (Andalucía, Algarve y Alentejo)*, Atelier, Barcelona.

En tercer término, hemos de decir que la normativa que se va analizar en este trabajo es la normativa de las Administraciones Públicas andaluzas, no la normativa europea y española en materia de cooperación transfronteriza.

Por tanto, dejamos a un lado el estudio del marco jurídico específico de la cooperación transfronteriza aplicable a Andalucía, que ya ha sido suficientemente estudiado en otros trabajos<sup>9</sup>, y que viene dado, principalmente, por las siguientes normas:

- Convenio-marco europeo de cooperación transfronteriza entre colectividades y autoridades territoriales, adoptado en Madrid el 21 de mayo de 1980, en el seno del Consejo de Europa (BOE núm. 248, de 16 de octubre de 1990), y ratificado por España y Portugal.
- Real Decreto 1317/1997, de 1 de agosto, del Ministerio de Presidencia, sobre comunicación previa a la Administración General del Estado y publicación oficial de los convenios de cooperación transfronteriza de Comunidades Autónomas y entidades locales con entidades territoriales extranjeras (BOE núm. 207, de 29 de agosto de 1997).
- Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales, hecho en Valencia el 3 de octubre de 2002 (BOE núm. 219, de 12 de septiembre de 2003).
- Reglamento (CE) núm. 1082/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (DOUE L 210 de 31 de julio de 2006).

---

Por lo que hace a las relaciones entre Andalucía y el Norte de Marruecos, puede verse IGLESIAS, M. (coord.), VALENCIA, A., AGUDO, M., VEGUILLA, V., GUTIÉRREZ, C. (2011): *La cooperación transfronteriza Andalucía-Norte de Marruecos*, Consejería de la Presidencia, Centro de Estudios Andaluces, Junta de Andalucía, Sevilla.

<sup>9</sup> Acerca del marco jurídico de la cooperación transfronteriza, pueden verse, entre otros, los trabajos de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2008): "Fundamento y marco normativo de la cooperación transfronteriza entre entidades locales", y LÓPEZ RAMÓN, F. (2008): "Régimen jurídico de los acuerdos de cooperación transfronteriza entre entidades territoriales en el marco jurídico promovido por el Consejo de Europa", ambos publicados en CANALS AMETLLER, D. y GALÁN GALÁN, A. (coord.), *Entidades locales y fronteras. Instrumentos jurídicos de cooperación transfronteriza*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals, Barcelona. También al respecto, véase HERRERO DE LA FUENTE, A.A. (2007): "La cooperación transfronteriza entre regiones europeas. En busca de un instrumento jurídico eficaz", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 13, págs. 125-160.

- Real Decreto 37/2008, de 18 de enero, por el que se adoptan las medidas necesarias para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) núm. 1082/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008).

De esta forma, dado el alcance de este trabajo, no es el marco jurídico propio de la cooperación transfronteriza lo que interesa a nuestro análisis, sino las leyes propias de las Administraciones Públicas andaluzas. Se trata, por tanto, de analizar exclusivamente las principales normas de nuestras Administraciones Públicas, entendiendo por tales aquellas que atienden a su organización, funcionamiento y relaciones, tanto con los ciudadanos como con otras entidades, públicas y privadas, dejando de lado todo el Derecho sectorial. Nuestro propósito es determinar en qué medida este marco normativo se adecua al propio de la cooperación transfronteriza, bien porque incluya previsiones sobre ésta, o bien porque, no incluyéndolas, permita su ejercicio dentro de la letra de la ley.

De esta forma, las normas que tendremos que analizar, como propias de las Administraciones Públicas andaluzas, serán justamente las siguientes:

- Para todas ellas, la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.
- Para la Administración autonómica, la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.
- Para las Administraciones locales, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía.

## II. ANÁLISIS DE LAS LEYES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANDALUZAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA

Puesto que, vamos a analizar tanto las leyes de la Administración autonómica andaluza como las de las Administraciones locales de Andalucía, y tal marco normativo difiere según se trate de una u otras Administraciones Pú-

blicas, estructuraremos el presente epígrafe en dos apartados, en atención a dicha diferenciación.

## 1. Las leyes de la Administración de la Junta de Andalucía.

En lo que hace a la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, ésta atiende específicamente a la cooperación transfronteriza en su art. 246, que lleva por rúbrica, precisamente, “cooperación interregional y transfronteriza”. Ahora bien, lo único que hace el precepto es recoger la obligación de la Junta de Andalucía de promover “la formalización de convenios y acuerdos interregionales y transfronterizos con regiones y comunidades vecinas en el marco de lo dispuesto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la normativa europea de aplicación”<sup>10</sup>.

Sobre este artículo, hay que indicar, en primer lugar, que no hay en él una regulación sustantiva de instrumentos de cooperación transfronteriza, sino tan sólo la escueta referencia a “convenios y acuerdos” de este tipo, reenviando, en realidad, a su regulación específica, con especial atención a la cooperación en el contexto europeo. No obstante, a ello hay que añadir que, el Estatuto de Autonomía no es la norma más adecuada para definir los instrumentos de cooperación, bastando al respecto con lo que hace, que es atribuir a la Junta de Andalucía la obligación de promover esta cooperación.

Por otro lado, debe decirse que no nos convence, por limitada, su ubicación dentro del Capítulo V del Título IX del Estatuto, “Cooperación al desarrollo”<sup>11</sup>, como si la cooperación transfronteriza debiera limitarse a ésta<sup>12</sup>. Sí nos parece acertada su inclusión dentro del Título IX, “Relaciones institucionales de la Comunidad Autónoma”.

---

<sup>10</sup> Vid. ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. (2012): “Art. 246. Cooperación interregional y transfronteriza”, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dir.), PARDO FALCÓN, J. (coord.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, págs. 3312-3316.

<sup>11</sup> En FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (2006): “El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Acción Exterior”, *Anuario de Derecho Internacional. XXII*, pág. 74, se ha denunciado el caótico enfoque de este capítulo, en el que se mezclan distintos tipos de cooperación. En un sentido similar, véase CARRILLO DONAIRE, J.A. (2008): “La acción exterior de la Junta de Andalucía en el marco internacional extracomunitario”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, págs. 1240 y 1246.

<sup>12</sup> Ésta es la interpretación que se hace de dicha ubicación en CARMONA CONTRERAS, A. (2007): “Las relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con otros entes públicos”, en TEROL BECERRA, M.J. (dir.), *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Las relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con otros entes públicos. Pareceres*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, pág. 39.

Menos específicos, en su conexión con nuestro objeto de estudio, son el art. 239 EAA, que también se refiere a la obligación de promover la cooperación, pero limitada a la cooperación entre las regiones en el seno de la Unión Europea<sup>13</sup>, y el art. 241, que, simplemente, recoge la potestad de la Junta de Andalucía para “suscribir acuerdos de colaboración en el ámbito de sus competencias”, “para la promoción de los intereses andaluces”, y con el apoyo de “los órganos de representación exterior del Estado”<sup>14</sup>. Entre estos acuerdos de colaboración pueden situarse, perfectamente, los que suscriba la Comunidad Autónoma con entidades públicas de otros Estados para el ejercicio de la cooperación transfronteriza<sup>15</sup>.

A diferencia del EAA, la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, no contiene referencia específica alguna a la cooperación transfronteriza, limitándose a una atribución genérica al Presidente de la Junta de Andalucía, en su condición de supremo representante de la Comunidad Autónoma, de la potestad para “firmar los convenios y acuerdos de cooperación que suscriba la Comunidad Autónoma en los casos que proceda” (art. 7.b), potestad que, por lo demás, es delegable en las personas titulares de las Vicepresidencias y de las Consejerías (art. 11.2.b). Es claro que entre estos convenios pueden incluirse los que tengan por objeto la cooperación transfronteriza, es más, la cooperación territorial de todo tipo, dado el carácter abierto del precepto, que no establece limitación alguna al respecto, y que es por ello coherente con la dicción del EAA.

A esta interpretación coadyuva el hecho de que la Ley también reconozca la proyección de la Presidencia de la Junta de Andalucía en el ámbito inter-

---

<sup>13</sup> A similar conclusión se llega en CARMONA CONTRERAS, A. (2012): “Art. 239. Relaciones con las regiones europeas”, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dir.), PARDO FALCÓN, J. (coord.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, pág. 3237, quien critica la redacción del precepto, en el que se contradice su ubicación en el Capítulo dedicado a las “Relaciones con las instituciones de la Unión Europea” con el genérico “regiones europeas” que éste emplea.

<sup>14</sup> La redacción de este precepto ha sido objeto de una importante crítica, por su imprecisión, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (2006): “El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Acción Exterior”, *op. cit.*, págs. 60 y 61.

<sup>15</sup> En estos términos lo ha entendido ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. (2012): “Art. 241. Acuerdos de colaboración”, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dir.), PARDO FALCÓN, J. (coord.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, págs. 3275-3278, quien distingue estos llamados acuerdos exteriores de los tratados internacionales, y los conecta tanto con los acuerdos del art. 6.2 EAA (andaluces en el exterior) como con los del art. 246 EAA (cooperación interregional y transfronteriza).

nacional, representando a la Comunidad Autónoma cuando proceda (art. 7.a)<sup>16</sup>. La Ley podría haber sido más explícita al reconocer esta potestad, quizás hubiera sido conveniente, una vez reconocidas las facultades de la Comunidad Autónoma en este ámbito por el EAA, reconocer también expresamente en estos mismos términos dicha facultad al Presidente de la Junta en su Ley de Gobierno. Piénsese que no estamos hablando de un sector material más, sino de la facultad de proyectar de forma transversal la actuación de la Administración autonómica hacia el exterior, en sus relaciones con entidades públicas pertenecientes a otros Estados, y que un reconocimiento expreso proporciona seguridad jurídica. A pesar de todo, pensamos que con la redacción actual es suficiente, no debiendo plantear problema alguno de interpretación.

Por último, debemos analizar la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante LAJA), que, como ley de la Administración, debiera ser, en su caso, la norma llamada a contemplar mecanismos específicos de cooperación transfronteriza para la Administración Pública andaluza, siempre que no se optara por hacerlo a través de una ley especial, lo que también podría ser una solución, completando lo establecido en el EAA. No obstante, lo cierto es que el examen de la LAJA, revela que no hay en ella una atención especial a esta cuestión, que ha de incardinarse, necesariamente, en la regulación general que se hace de los instrumentos de relación de la Administración andaluza con otras entidades públicas, Capítulo II del Título I de la Ley, que lleva por rúbrica “Instrumentos de colaboración con otras Administraciones Públicas”.

Sin embargo, ya desde la propia rúbrica del Capítulo legal citado, puede intuirse lo insuficiente de esta regulación, que no contempla expresamente, y que hace muy difícil encajar en la letra de la Ley, la utilización de instrumentos de cooperación transfronteriza. Ni en el art. 9, que hace referencia a los “convenios de colaboración interadministrativa”, ni en el art. 12, que regula la cooperación mediante “organizaciones personificadas de gestión”, es posible encontrar una regulación en la que pueda encajarse sin dificultad alguna, la articulación de fórmulas de cooperación transfronteriza. Si bien es cierto que, entre ambos preceptos, el art. 12 admite una interpretación más flexible que el art. 9.

---

<sup>16</sup> Vid. FERNÁNDEZ ALLÉS, J.J. (2011): “El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (coord.), *Estudios sobre el Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, pág. 32.

Así, pese a la redacción abierta del precepto, que se limita a reconocer el carácter voluntario de los instrumentos y procedimientos de colaboración, lo cierto es que el art. 9.1 de la LAJA se refiere únicamente a “las relaciones entre la Administración de la Junta de Andalucía y el resto de Administraciones Públicas”, entre las que, desde una interpretación algo forzada podríamos incluir a las Administraciones o entidades públicas de otros Estados. En cualquier caso, nada impide a la Administración de la Junta de Andalucía suscribir convenios de colaboración con entidades de Estados extranjeros, puesto que para ello basta con lo dispuesto en los preceptos del EAA y de la Ley del Gobierno de la Comunidad Autónoma, que ya hemos analizado, y con el fundamento que le proporciona estar dotada de personalidad jurídica, (art. 2.2 LAJA), incluyendo la capacidad jurídica que de ésta se deriva. Pero no es eso a lo que nos estamos refiriendo, sino a la ausencia de un reconocimiento expreso de dicha posibilidad en el art.9.1 de la LAJA, siendo así que, hoy por hoy, no sólo no existe este reconocimiento sino que el texto de la misma no encaja como debería con el ejercicio de esta facultad.

Tampoco nos sirve la remisión que el art.9.2 de la LAJA realiza a “la normativa estatal básica sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, puesto que, lo cierto es que el Título I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que es el que regula las relaciones interadministrativas en dicha Ley, se limita, fundamentalmente, a las relaciones entre la Administración del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas.

Por último, tampoco se ajusta a la cooperación transfronteriza la referencia en este mismo precepto, último párrafo, a la potestad de “la persona titular de cada Consejería en el ámbito de sus competencias”, o, en su caso, del Consejo de Gobierno, para aprobar, modificar, o extinguir, los convenios de colaboración. Y es que, como ya hemos dicho, en el caso de la cooperación transfronteriza autonómica, ésta es una potestad atribuida al Presidente de la Junta de Andalucía, sin perjuicio de que pueda delegarla. Por tanto, está claro que lo regulado en el art. 9 de la LAJA es otra cosa.

Sin embargo, en lo que hace al art. 12 de la LAJA, la dicción del precepto sí permite cierta flexibilidad, en la que no sería tan difícil situar a las técnicas de cooperación transfronteriza. Creemos que esto es así porque, cuando el artículo faculta a la Administración de la Junta de Andalucía para constituir “organizaciones personificadas de gestión para la consecución de finalidades de interés común, que pueden adoptar la forma de consorcios o de sociedades mercantiles”, indica que éstas se podrán constituir “con otras Administracio-

nes Públicas y otras entidades públicas o privadas”. En nuestra opinión, el carácter abierto de este segundo término de la ecuación, facilita incluir dentro del mismo a entidades públicas pertenecientes a otros Estados.

Más restrictiva es, sin embargo, la acotación que, de los integrantes del ente de cooperación, realiza después el segundo párrafo del art. 12.1, cuando, al remitir al art. 76 de la LAJA para la creación de sociedades mercantiles, dispone que éstas habrán de constituirse “para la prestación de servicios con contenido económico que no impliquen ejercicio de autoridad y que afecten a los intereses de la Administración de la Junta de Andalucía y de otras Administraciones Públicas”.

Por otra parte, aunque la LAJA no se refiere expresamente a ellas en este artículo, pensamos que también pueden utilizarse como mecanismo de cooperación las fundaciones del sector público andaluz, reguladas en el art. 78, que remite al régimen establecido por la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En la medida en que esta Ley permite la constitución de fundaciones por personas jurídicas públicas (art. 8.1), bien pueden tratarse de personas jurídicas públicas pertenecientes a distintos Estados. Los fines de interés general propios de éstas, y algunos de los fines específicamente enunciados en esta Ley (art.3.1), como los “de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo”, la “defensa del medio ambiente”, o el “establecimiento de vínculos de solidaridad entre las personas y los territorios”, se ajustan bien a los propios de la cooperación transfronteriza.

Con todo, en nuestra opinión, la regulación establecida por la LAJA nos sigue pareciendo insuficiente, no sólo porque no regule expresamente los convenios de cooperación transfronteriza, sino porque no se abre a otras posibilidades, como por ejemplo, la creación de organizaciones de gestión no personificadas, esto es, sin personalidad jurídica, por tanto, distintas de los consorcios o de las sociedades mercantiles a las que se refiere el art. 12.

Prueba de esto que estamos diciendo es que el Convenio de Cooperación Transfronteriza para la constitución de la Comunidad de Trabajo “Eurorregión Alentejo-Algarve-Andalucía”, firmado entre la Administración de la Junta de Andalucía, la Comisión de Coordinación y Desarrollo Regional del Alentejo, y la Comisión de Coordinación y Desarrollo Regional del Algarve (publicado en BOJA núm. 134 de 9 de julio de 2010), utiliza como fundamento para la publicación del mismo en el BOJA, el art. 12 de la LAJA. Sin embargo, como ya sabemos, este artículo lo que regula son las organizaciones personificadas de gestión, no los convenios de cooperación, ni tampoco las organiza-

ciones no personificadas, como es el caso de la Comunidad de Trabajo que se crea al hilo de este convenio, pero con fundamento en el art. 10 del Tratado de Valencia.

## 2. Las leyes de las Administraciones locales de Andalucía.

El análisis de la normativa de las Administraciones Públicas locales andaluzas, esto es, Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, y demás entidades locales previstas en la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía, no arroja resultados muy diferentes a los del estudio del marco normativo de la Administración autonómica, en cuanto a insuficiencia o imprevisión de la regulación de mecanismos de cooperación transfronteriza.

Así, comenzando con el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007, no puede decirse que en éste exista una atribución directa a las entidades locales andaluzas para llevar a cabo relaciones de cooperación transfronteriza. Todo lo más, dicha posibilidad debe entenderse que es inherente a la “personalidad jurídica propia”, y especialmente, a la “plena autonomía en el ámbito de sus intereses”, que se reconoce al Municipio en el art. 91.1 del EAA. También, en el mismo sentido, por lo que hace a la Provincia, en atención a la “personalidad jurídica propia” de ésta, en los términos del art. 96.1 del EAA.

No aparece tampoco como una competencia propia de los Municipios, de las recogidas en el art. 92.2 del EAA, y, aunque podría plantearse su encaje en la última letra de éste, ñ), relativa a “las restantes materias que con este carácter sean establecidas por las leyes”, pensamos que, no debería ser así, ya que la cooperación transfronteriza no es un sector material de actividad, sino una manifestación de la potestad organizativa de las Administraciones Públicas, en su vertiente relacional, pero hacia el exterior. Por ello, si hay un precepto del EAA en el que directamente pudiera fundarse esta potestad, pensamos que ese sería el art. 91.3, que reconoce la “plena capacidad de autoorganización” de los Municipios, “dentro del marco de las disposiciones generales establecidas por ley en materia de organización y funcionamiento municipal”<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Sobre esta regulación, puede verse RIVERO YSERN, J.L. (2008): “El régimen local en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. Reglas sustantivas y distribución de competencias”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, págs. 839-866.

Sin embargo, sí puede decirse que se reconoce, aunque sea de forma indirecta, la potestad de las entidades locales andaluzas para emprender relaciones de cooperación transfronteriza, en el art. 247 del EAA, cuando se atribuye a la Junta de Andalucía la función de impulsar y coordinar “las acciones exteriores de las Corporaciones locales, de los organismos autónomos y de otros entes públicos de Andalucía en materia de cooperación exterior, respetando la autonomía que en cada caso corresponda”<sup>18</sup>.

Ahora bien, al margen del EAA, la norma institucional principal de las Administraciones Públicas andaluzas es la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía (en adelante LAULA). En el análisis de ésta, lo primero que llama la atención es su art. 10, que es el que sigue a la enunciación de las competencias municipales propias del art. 9, y en el que, conectando con todas las fórmulas asociativas a las que nos iremos refiriendo en este epígrafe, se establece que, “para el ejercicio de sus competencias, la prestación de servicios y el desarrollo de iniciativas económicas, los Municipios podrán asociarse entre sí o con otras entidades locales, administraciones públicas o entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, delegar o encomendar el ejercicio de competencias y utilizar cuantas formas de gestión directa o indirecta de servicios permitan las Leyes, sin que en ningún caso se vean afectadas ni la titularidad de las competencias ni las garantías de los ciudadanos”. No obstante, esta formulación, que es realmente abierta, y que se adecua bastante bien al enfoque de este trabajo, no se ajusta luego al carácter cerrado de algunas de las determinaciones que iremos exponiendo a continuación.

Es en el Título V de la Ley, bajo la rúbrica de “La cooperación territorial”, donde se regulan las relaciones interadministrativas de las entidades locales andaluzas<sup>19</sup>, y, por tanto, donde podría plantearse el encaje de los mecanismos de

---

<sup>18</sup> Con mayor detalle sobre este precepto, puede verse ALCALDE FERNÁNDEZ, J. (2012): “Art. 247. Coordinación de acción exterior en materia de cooperación”, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dir.), PARDO FALCÓN, J. (coord.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, págs. 3319-3322. También al respecto, pueden verse los recelos que dicho artículo despierta en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (2006): “El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Acción Exterior”, *op. cit.*, pág. 77.

<sup>19</sup> En extenso, sobre esta regulación, véase TOSCANO GIL, F. (2012): “Título V. La cooperación territorial. Entidades e instrumentos para la cooperación territorial: mancomunidades, consorcios, convenios y redes de cooperación”, en RIVERO YSERN, J.L. (dir.), MONTOYA MARTÍN, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.), *Derecho Local de Andalucía. Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía*, Iustel, Madrid, págs. 293-335. También al respecto, puede verse BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2010): “Las entidades de cooperación territorial en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía: Mancomunidades y Consorcios”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 6, págs. 59-76.

cooperación transfronteriza. Aunque, eso sí, debe aclararse que aquí el término “cooperación territorial” no está empleado pensando en la proyección hacia el exterior de las entidades locales andaluzas, no siendo por tanto, coincidente, con el sentido que a tal expresión se le da en la acción exterior, como demuestra el hecho de que el art. 2.2 de la Ley, al definir el objeto de ésta, parta de un enfoque cerrado, limitado a la regulación de las “técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre las entidades locales y entre estas y la Administración de la Comunidad Autónoma”. No obstante, como veremos, ello no nos impedirá defender un enfoque más abierto en alguno de los supuestos regulados.

El Título V de la LAULA se estructura en tres Capítulos bien diferenciados, de los cuales nos interesan los dos primeros. El Capítulo I, rubricado “Fines, principios y tipología de la cooperación”, se sitúa a modo de pórtico vertebrador. El Capítulo II contiene la regulación de las “Entidades e instrumentos para la cooperación”, dedicando sus Secciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> a las Mancomunidades de Municipios y los Consorcios locales, como entidades de cooperación, y su Sección 3.<sup>a</sup> a los instrumentos de cooperación no organizativos, entre los que se encuentran los convenios y las redes de cooperación.

En lo que hace al Capítulo I, su art. 60, al enumerar los fines de la cooperación territorial, no contiene una referencia expresa a las relaciones con el exterior de las entidades locales andaluzas, pero sí se fija algunos objetivos que encajan perfectamente con ésta, así, por ejemplo, cuando se refiere en el apartado 1, a la finalidad de “propiciar un modelo territorial acorde con los criterios básicos de desarrollo sostenible y de cohesión económica, social y territorial”. Pero también, casi cualquiera de los otros fines enumerados en el citado precepto legal.

Por otra parte, el artículo 62 establece la doble tipología a través de la cual se puede articular la cooperación territorial en Andalucía. En dicha disposición legal se distingue claramente entre entidades e instrumentos. Las primeras son técnicas de cooperación organizativas, en cuanto requieren la creación de una nueva organización, dotada de personalidad jurídica. Los segundos son técnicas de cooperación no organizativas, en cuanto no precisan de la creación de una nueva organización dotada de personalidad jurídica. Dentro de las primeras se enumeran las Mancomunidades de Municipios y los Consorcios locales, mientras que entre las segundas se encontrarían los convenios y las redes de cooperación.

No obstante, tal y como se desprende del propio artículo, este listado no tiene carácter cerrado, por lo que es posible que los sujetos de la cooperación, en el ejercicio de su autonomía, diseñen otras fórmulas distintas de las enumeradas en esta Ley. Así, se permite la creación de cualquier otra modalidad de entidad o de instrumento de cooperación interadministrativa, “que pudiera establecerse para el desempeño de servicios, obras o iniciativas de interés para la cooperación territorial en Andalucía y que se ajuste a los fines y principios de la presente Ley”. Esta solución, que nos parece acertada, es en todo caso coherente con la naturaleza de los mecanismos de cooperación interadministrativa en nuestro Derecho<sup>20</sup>, que no responde a un modelo de lista cerrada, sino abierta<sup>21</sup>, y, en el caso del objeto de nuestro estudio, es claro que facilita el encaje de las fórmulas de cooperación territorial transfronteriza en la LAULA. Otra cosa es que dichas fórmulas no se vean reflejadas más que en la posibilidad de utilizarlas y configurarlas en la forma que se estime más conveniente, para lo cual, ciertamente, tampoco hacía falta clausula abierta alguna en esta Ley, bastando con el reconocimiento de la autonomía y la potestad organizativa de las entidades que quieran ejercer tal cooperación.

En lo que hace a las entidades de cooperación reguladas en las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo II de este Título V de la Ley, sólo las segundas, esto es, los Consorcios locales, pueden considerarse mecanismos de cooperación transfronteriza, ya que las primeras, esto es, las Mancomunidades de Municipios, están pensadas únicamente para la asociación de entidades municipales (art. 63.1). Sin embargo, el Consorcio local aparece abierto en la Ley a la integración en el mismo tanto “de entidades locales de distinto nivel territorial”, como de “otras administraciones públicas para finalidades de interés común”, o “entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, que tengan finalidades de interés público concurrentes” (art. 78.2)<sup>22</sup>. Entre estas entidades públicas bien puede considerarse la inclusión de entidades públicas pertenecientes a otros Estados.

Esta regulación es coherente con la configuración del Consorcio transfronterizo regulado por la legislación básica estatal, art. 87.2 de la Ley 7/1985, de

---

<sup>20</sup> Vid. RIVERO YSERN, J.L. (2002): “La cooperación interadministrativa local”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 46.

<sup>21</sup> Este planteamiento ha sido defendido en CARBALLEIRA RIVERA, M.T. (1993): “La cooperación interadministrativa en la LBRL”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 257, págs. 57 y 61.

<sup>22</sup> Al respecto, véase BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2002): “Los conceptos de mancomunidades y consorcios: necesidad de delimitación y diferenciaciones”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 45.

2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local. En dicho precepto se establece que “los consorcios podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos locales, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las entidades locales españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia”<sup>23</sup>.

Pasando a los instrumentos de cooperación, Sección 3ª del Capítulo II del Título V de la Ley, debemos decir que la regulación de los convenios de cooperación no resulta satisfactoria desde la perspectiva abordada en este trabajo, por cuanto el régimen jurídico establecido para los mismos, no considera como sujetos de la cooperación a otras entidades que no sean los Municipios, las Provincias, las entidades de cooperación territorial reguladas por esta Ley y la Comunidad Autónoma de Andalucía. Esos son los términos que emplea el art. 83.1 LAULA. Como se comprenderá, se trata de un enfoque demasiado restrictivo, incluso aunque no se estuviera buscando encajar en los preceptos legales la formalización de convenios con entidades públicas de Estados extranjeros, como es el caso.

Entre los instrumentos de cooperación, y como una de las principales novedades contenidas en el Título V de la LAULA, aparecen en su art. 84 las llamadas redes de cooperación territorial, que, en su configuración legal, son una creación de ésta<sup>24</sup>. Si bien, no puede decirse que sean una fórmula nueva en el modelo de cooperación territorial de Andalucía, ya que incluso se encuentran reflejadas en nuestros planes de ordenación del territorio. En el ámbito doctrinal e institucional, esta figura responde a la defensa de las tesis propias de la gobernanza, que propugnan la utilización de técnicas de cooperación multinivel, flexibles, y poco pesadas, que encuentran en las redes de cooperación, uno de sus máximos exponentes<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Sobre éste, puede verse NIETO GARRIDO, E. (2008): “El consorcio administrativo como instrumento de cooperación transfronteriza”, en CANALS AMETLLER, D. y GALÁN GALÁN, A. (coord.), *Entidades locales y fronteras. Instrumentos jurídicos de cooperación transfronteriza*, Fundació Carles Pi i Sunyer d’estudis autonòmics i locals, Barcelona, págs. 73-86. También al respecto, *vid.* MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I. (2011): “Mancomunidades y asociaciones de Municipios”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, Iustel, Madrid, pág. 1612.

<sup>24</sup> Una visión crítica de esta regulación en CARBONELL PORRAS, E. (2011): “La cooperación intermunicipal en la realización de las obras y servicios locales (reflexiones a propósito de algunos mecanismos distintos de la creación de entidades supramunicipales)”, en VELASCO CABALLERO, F. (dir.), *Anuario de Derecho Municipal 2010*, Marcial Pons, Instituto de Derecho Local, Madrid, pág. 92.

<sup>25</sup> Pueden verse, entre otros muchos, FERIA TORIBIO, J.M. (dir.), GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. (coord.), RUBIO TENOR, M. y SANTIAGO RAMOS, J. (2007): *Redes de cooperación y nuevas formas de go-*

La Ley parte de la atribución a las entidades locales andaluzas de la facultad de cooperar a través de dichas redes, y define su ámbito, que puede ser inferior o igual al autonómico, nacional o internacional, situando a las redes de ciudades como el nivel básico y preferente de las redes de cooperación. Este nuevo instrumento de cooperación territorial se concibe en unos términos muy flexibles, lo que se refleja, entre otras cosas, en la propia composición de las redes, que, se dice, pueden estar integradas por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, siempre que persigan fines de interés general local.

Por otra parte, se permite a los miembros de las redes de cooperación territorial la creación de entidades con personalidad jurídica para la gestión de sus intereses. Si bien, en tal caso, estaríamos ya hablando de otra cosa, de una estructura organizativa adicional a la red de cooperación, que debería ajustarse a la normativa que le resulte de aplicación, en función del tipo elegido.

Por todas las características que acabamos de exponer, es claro que la configuración en la LAULA de las redes de cooperación territorial encaja bien con la articulación de mecanismos de cooperación transfronteriza, aunque también es cierto que, posiblemente, encaje aún mejor con los otros tipos de cooperación territorial en el exterior, esto es, la cooperación transnacional y la cooperación interregional.

Dentro de la Sección 3ª, hay que referirse también a la regulación de los órganos paritarios de colaboración entre la Comunidad Autónoma y los Gobiernos locales, en el art. 85 de la Ley, como organizaciones no personificadas. Si bien, lo cierto es que tanto por la limitación legal de los sujetos de la cooperación, que parecen restringirse a los que acabamos de apuntar, como por el carácter deliberante o consultivo de estos órganos, pensamos que esta regulación no aporta nada de interés al tema que nos atañe, que se ve mejor atendido desde la creación de órganos de gestión.

Para finalizar, debemos apuntar que la LAULA, al igual que hacía la LAJA, también contempla la posibilidad de utilizar organizaciones personificadas asociativas de naturaleza jurídico-privada, como las sociedades mercantiles. Si bien, lo cierto es que la sociedad mercantil interlocal regulada en su art. 39 está pensada únicamente para entidades locales, entendemos que, españolas, al

---

*bernanza en Andalucía: una aproximación inicial*, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, Sevilla; y ZAFRA VÍCTOR, M. (2004): "Gobernanza local", en AAVV, *Estrategia regional y gobernanza territorial: la gestión de redes de ciudades*, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, Sevilla.

no establecerse mayor precisión en dicho precepto legal. Mayor virtualidad podría tener la utilización de fundaciones públicas locales, previstas en los arts. 40-42 de la Ley, que, aunque no puedan considerarse formalmente personificaciones asociativas, sí quedan abiertas a la participación de otras entidades públicas<sup>26</sup>.

### III. CONCLUSIONES

El análisis en este trabajo de las normas propias de las Administraciones Públicas andaluzas, con el fin de determinar si en éstas se atiende o no a la regulación de fórmulas específicas de cooperación transfronteriza, ha puesto de relieve que ello no es así, que la respuesta a la pregunta que nos hacíamos al principio debe ser en todo caso negativa. Tampoco puede decirse, y ésta era la segunda cuestión que nos planteábamos al principio, que haya una total adecuación entre estas normas y el marco jurídico general de la cooperación transfronteriza, aunque no se pueda hablar de grandes contradicciones. La normativa propia de las Administraciones Públicas andaluzas permite la cooperación transfronteriza, aunque no la atiende de forma específica. Como ha podido verse, desde una cierta flexibilidad en la interpretación de la letra de la ley, a veces algo forzada, puede encajar este tipo de cooperación en la regulación propia de las Administraciones andaluzas.

El panorama legal descrito puede calificarse de insuficiente, puesto que, por supuesto es mejorable. Ahora bien, que dicha insuficiencia sea realmente relevante es, ciertamente, otra cuestión, pues puede que la cooperación transfronteriza se baste con los mecanismos jurídicos establecidos por su regulación específica, principalmente, como es sabido, el Convenio marco del Consejo de Europa, los tratados internacionales firmados al efecto y los reglamentos sobre las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial.

Es posible también, no lo sabemos, que lo limitado de la casuística existente, la relativa a las relaciones de Andalucía con el Algarve y el Alentejo, y, aho-

---

<sup>26</sup> Sobre la regulación de estas entidades en la LAULA, véase MONTOYA MARTÍN, E. (2012): "Título II. Los servicios y la iniciativa económica locales", en RIVERO YSERN, J.L. (dir.), MONTOYA MARTÍN, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.), *Derecho Local de Andalucía. Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía*, Iustel, Madrid, págs. 183-190, así como, LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I. (2010): "Los servicios locales de interés general y la iniciativa económica local en la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía", *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 6, págs. 52-54.

ra, parece que también con el Norte de Marruecos, permita el establecimiento de soluciones al caso, amparándose en el marco jurídico vigente, y que con ello sea suficiente.

Si ello no es así, y fuera necesario introducir algunos cambios en la regulación actual, bajo la competencia de la Comunidad Autónoma andaluza, esto es algo que tendrán que valorarlo, y decidirlo, los gestores de la cosa pública con responsabilidades políticas en esta materia, y a la vista de la experiencia de los últimos años. Se trata, pues, de una decisión política, que no puede tomarse de espaldas a la realidad, ni con una mera valoración técnica acerca de la letra del texto de una ley. A nuestro parecer, si dichos cambios se estimaran pertinentes, éstos podrían ir desde la modificación de algunos preceptos de las leyes analizadas en este trabajo, a la aprobación de una ley andaluza de cooperación territorial transfronteriza, también transnacional e interregional, si se quiere, de acción exterior, que, como ley especial, se ocupara de establecer una regulación integral de las distintas técnicas jurídicas de cooperación transfronteriza de las Administraciones públicas andaluzas<sup>27</sup>.

No obstante, en nuestra opinión, si ponemos la mirada en el futuro, debemos tener presente que éste viene marcado por una crisis económica mundial, que no facilitará que Europa dedique grandes recursos a los proyectos de cooperación territorial, sino, más bien, al contrario, que éstos se vean recortados o suprimidos. Desaparecida la financiación, y, por tanto, las iniciativas públicas en esta materia, no tendrían sentido grandes alardes de inventiva en el desarrollo de las técnicas jurídicas.

---

<sup>27</sup> A no confundir con la vigente Ley 14/2003, de 22 de diciembre, de Cooperación Internacional para el Desarrollo.



# RESEÑA LEGISLATIVA



# RESEÑA LEGISLATIVA

## Disposiciones de la Unión Europea Año 2012<sup>(\*)</sup>

### I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En los Asuntos Generales de la Unión Europea, cabe destacar en este último cuatrimestre de 2012 la publicación de las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea; del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de los Protocolos, de los Anexos, de las Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007; de las Tablas de correspondencias (DOUE C 326, 26.10.2012, p. 1, 13, 47, 201, 331, 337 y 363) así como de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 326, 26.10.2012, p. 391) y la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE C 327, 26.10.2012, p. 1).

En relación con la adhesión de Croacia a la UE, prevista para el 1 de julio de 2013, se adopta un reglamento por el que se establecen medidas especiales temporales para la contratación de funcionarios y agentes temporales de la Unión (DOUE L 351, 20.12.2012, p. 33).

En lo que se refiere a los Asuntos financieros, se decide en varias ocasiones la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, a solicitud de diversos Estados miembros, por parte de España, solicitud «EGF/2011/017 ES/Aragón Construction» (DOUE L 269, 4.10.2012, p. 7), solicitud «EGF/2011/019 ES/Galicia Metal» (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 77), y de otros Estados, solicitud «EGF/2010/015 FR/Peugeot», presentada por Francia (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 74); solicitud EGF/2011/009 NL/Gelderland, construcción 41, Países Bajos (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 75); (solicitud EGF/2011/015 SE/AstraZeneca, de Suecia (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 76); solicitud EGF/2011/021 NL/Zalco, de los Países Bajos

---

(\*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 3º cuatrimestre de 2012.

(DOUE L 307, 7.11.2012, p. 78); solicitud EGF/2012/001 IE/Talk Talk de Irlanda (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 79); solicitud EGF/2012/003/DK/Vestas, de Dinamarca (DOUE L 328, 28.11.2012, p. 19); solicitud EGF/2012/002 DE/manroland de Alemania (DOUE L 328, 28.11.2012, p. 20).

Se adopta un reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo (DOUE L 298, 26.10.2012, p. 1), se formulan declaraciones sobre el mismo (DOUE C 327, 26.10.2012, p. 1) y se adopta también un reglamento delegado sobre las normas de desarrollo del Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (DOUE L 362, 31.12.2012, p. 1).

En los Asuntos Institucionales, se adoptan Instrucciones al Secretario del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, de 11 de julio de 2012 (DOUE L 260, 27.09.2012, p. 1), Instrucciones prácticas a las partes sobre el procedimiento ante el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, de 11 de julio de 2012 (DOUE L 260, 27.09.2012, p. 6), así como el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (DOUE L 265, 29.09.2012, p. 1) y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (2012/C 337/01) así como la Tabla de correspondencias (DOUE C 337, 6.11.2012, p. 1 y 43). También son adoptadas recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DOUE C 338, 6.11.2012, p. 1).

En relación con la Institución Tribunal de Justicia, se adopta igualmente una decisión del propio Tribunal de Justicia, relativa a las funciones jurisdiccionales del Vicepresidente del Tribunal de Justicia (DOUE L 300, 30.10.2012, p. 47) y un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los Jueces suplentes del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (DOUE L 303, 31.10.2012, p. 83).

En lo que se refiere al Comité de las Regiones, ha quedado vacante un cargo de miembro del Comité de las Regiones a raíz del término del mandato de la Sra. Esperanza Aguirre Gil de Biedma, y se nombra, mediante decisión, miembro del Comité de las Regiones para el período restante del mandato al Sr. Ignacio González González, Presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid (DOUE L 326, 24.11.2012, p. 16).

Por último, se adopta un reglamento por el que se establece el régimen pecuniario del Presidente y de los miembros de la Comisión, del Presidente, los

jueces, los abogados generales y el secretario del Tribunal de Justicia de las Comunidades, del Presidente, los miembros y el secretario del Tribunal de Primera Instancia, así como del Presidente, los miembros y el secretario del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (DOUE L 269, 4.10.2012, p.1).

## II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En cuanto a la Unión aduanera y Libre circulación de mercancías, y en lo que se refiere a la regulación internacional, se modifica el Convenio Aduanero relativo al Transporte Internacional de Mercancías al amparo de los Cuadernos TIR [Convenio TIR de 1975] (DOUE L 244, 8.09.2012, p. 1). Se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y Canadá sobre cooperación aduanera en aspectos relacionados con la seguridad en la cadena de suministro (DOUE L 287, 18.10.2012, p. 1) y la Comisión Mixta UE/AELC adopta una decisión sobre el régimen común de tránsito, por la que se modifica el Convenio de 20 de mayo de 1987, relativo a un régimen común de tránsito (DOUE L 297, 26.10.2012, p. 34).

Por otra parte, se modifica el Reglamento (CEE) n° 2454/93, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n° 2913/92 del Consejo, por el que se establece el código aduanero comunitario (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 18; DOUE L 336, 8.12.2012, p. 1; DOUE L 337, 10.12.2012, p. 37) y también se modifica el Reglamento (CE) n° 747/2001 del Consejo en lo que respecta a los contingentes arancelarios de la Unión para determinados productos agrícolas y productos agrícolas transformados, originarios de Marruecos (DOUE L 247, 13.09.2012, p. 7).

Se adopta un reglamento por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) n° 732/2008 del Consejo (DOUE L 303, 31.10.2012, p. 1) y se modifica 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 304, 31.10.2012, p. 1; DOUE L 313, 13.11.2012, p. 8) y se modifica el Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L 329, 29.11.2012, p. 11).

También se adoptan numerosos reglamentos de ejecución relativos a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 264, 29.09.2012, p. 3; DOUE L 323, 22.11.2012, p. 10; DOUE L 329,

29.11.2012, p. 1; DOUE L 329, 29.11.2012, p. 3; DOUE L 329, 29.11.2012, p. 5; DOUE L 329, 29.11.2012, p. 7; DOUE L 329, 29.11.2012, p. 9; DOUE L 329, 29.11.2012, p. 12; DOUE L 331, 1.12.2012, p. 5; DOUE L 331, 1.12.2012, p. 7; DOUE L 331, 1.12.2012, p. 9; DOUE L 331, 1.12.2012, p. 11; DOUE L 331, 1.12.2012, p. 13; DOUE L 331, 1.12.2012, p. 15; DOUE L 331, 1.12.2012, p. 17; DOUE L 331, 1.12.2012, p. 19; DOUE L 333, 5.12.2012, p. 3; DOUE L 333, 5.12.2012, p. 5; DOUE L 337, 10.12.2012, p. 6; DOUE L 337, 10.12.2012, p. 9; DOUE L 337, 10.12.2012, p. 11).

Igualmente, se modifica el Reglamento (UE) n° 7/2010 relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión autónomos para determinados productos agrícolas (DOUE L 350, 20.12.2012, p. 1), también se modifica el Reglamento (UE) n° 1344/2011, por el que se suspenden los derechos autónomos del arancel aduanero común sobre algunos productos industriales, agrícolas y de la pesca (DOUE L 350, 20.12.2012, p. 8) y se adopta normativa relativa a la asignación de contingentes arancelarios aplicables a las exportaciones de madera de la Federación de Rusia a la Unión Europea (DOUE L 351, 20.12.2012, p. 34). Por último, se decide la importación en régimen de franquicia de las mercancías destinadas a distribuirse gratuitamente o ponerse gratuitamente a disposición de las víctimas de los terremotos ocurridos en Italia en mayo de 2012 (DOUE L 332, 4.12.2012, p. 29).

La Política Comercial, implica, como es habitual, la celebración de numerosos tratados internacionales, así se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de conformidad con el artículo XXIV, apartado 6, y el artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, sobre la modificación de las concesiones en las listas de la República de Bulgaria y Rumanía en el contexto de su adhesión a la Unión Europea (DOUE L 287, 18.10.2012, p. 2). Se decide también la posición que debe adoptar la Unión Europea en el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio con respecto a la adhesión de la República Democrática Popular de Laos a la OMC (DOUE L 294, 24.10.2012, p. 7) y con respecto a la adhesión de la República de Tayikistán a la OMC (DOUE L 336, 8.12.2012, p. 81), así como la posición que deberá ser adoptada en nombre de la Unión Europea en el Grupo Internacional de Estudios del Yute, en lo que respecta a la negociación de un nuevo Mandato a partir de 2014 (DOUE L 328, 28.11.2012, p. 18).

Se adopta igualmente una decisión por el Comité de Comercio y Desarrollo Sostenible UE-Corea, sobre la adopción de las normas de funcionamiento

del Foro de la Sociedad Civil mencionado en el artículo 13.13 del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra (DOUE L 331, 1.12.2012, p. 52) y otra relativa a la constitución del Grupo de Expertos mencionado en el artículo 13.15 del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra (DOUE L 331, 1.12.2012, p. 54).

El Consejo decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la República Popular China, de conformidad con el artículo XXIV, apartado 6, y el artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, sobre la modificación de las concesiones en las listas de la República de Bulgaria y Rumanía en el marco de su adhesión a la Unión Europea (DOUE L 337, 10.12.2012, p. 1). Y además se adopta una decisión del Comité de Cooperación Aduanera UE-AOM, de 29 de noviembre de 2012, por la que se establece una excepción a las normas de origen contempladas en el Protocolo 1 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, atendiendo a la situación especial por la que atraviesan los Estados de África Oriental y Meridional en lo que respecta al atún en conserva y a los lomos de atún (DOUE L 347, 15.12.2012, p. 38).

En materia comercial también se decide la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra (DOUE L 354, 21.12.2012, p. 1 y 3), y se adopta una decisión relativa a la celebración del 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 y del Protocolo entre la Unión Europea y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre las modalidades técnicas de conformidad con dicho Acuerdo (DOUE L 349, 19.12.2012, p. 3).

En esos ámbitos, además, se adopta un reglamento relativo a la aplicación del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y Brasil en virtud del artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994 relativo a la modificación de las concesiones con respecto a la carne de aves de corral transformada previstas en la lista de la UE anexa al GATT de 1994 y del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la

Unión Europea y Tailandia en virtud del artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994) relativo a la modificación de las concesiones con respecto a la carne de aves de corral transformada previstas en la lista de la UE anexa al GATT de 1994, y por el que se modifica y completa 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 351, 20.12.2012, p. 36) y una decisión relativa a la celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y Brasil en virtud del artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994 relativo a la modificación de las concesiones con respecto a la carne de aves de corral transformada previstas en la lista de la UE anexa al GATT de 1994 y del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y Tailandia en virtud del artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994 relativo a la modificación de las concesiones con respecto a la carne de aves de corral transformada previstas en la lista de la UE anexa al GATT de 1994 (DOUE L 351, 20.12.2012, p. 47, 48 y 52).

Hay que destacar también la adopción de un reglamento por el que se suspenden las preferencias arancelarias de determinados países beneficiarios del Sistema de Preferencias Generalizadas (SPG) correspondientes a determinadas secciones de dicho Sistema de conformidad con el Reglamento (UE) n° 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas (DOUE L 348, 18.12.2012, p. 11) y de otro reglamento por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (DOUE L 351, 20.12.2012, p. 40).

En lo que se refiere a aspectos concretos de la Política comercial, se modifica y corrige el Reglamento (CE) n° 951/2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 318/2006 del Consejo en lo que respecta a los intercambios comerciales con terceros países en el sector del azúcar (DOUE L 235, 1.09.2012, p. 1). Se modifica el Reglamento (CE) n° 2368/2002 del Consejo por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto (DOUE L 282, 16.10.2012, p. 27).

Se adopta un reglamento de ejecución relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 116/2009 del Consejo relativo a la exportación de bienes culturales (DOUE L 324, 22.11.2012, p. 1), se modifica el anexo II de la Decisión 2006/766/CE en lo que respecta a la inclusión de Curaçao y

San Martín en la lista de terceros países y territorios desde los que se autorizan las importaciones de determinados productos de la pesca destinados al consumo humano y a la supresión de las Antillas Neerlandesas de dicha lista (DOUE L 288, 19.10.2012, p. 13) y se adopta un reglamento por el que se introducen preferencias comerciales autónomas de carácter urgente para Pakistán (DOUE L 316, 14.11.2012, p. 43).

En materia textil, se adopta un reglamento de ejecución por el que se establece el régimen de gestión y distribución de los contingentes textiles aplicables en 2013 con arreglo al Reglamento (CE) n° 517/94 del Consejo (DOUE L 336, 8.12.2012, p. 22), se modifican los anexos I y II del Reglamento (CEE) n° 3030/93 del Consejo, relativo al régimen común aplicable a las importaciones de algunos productos textiles originarios de terceros países (DOUE L 336, 8.12.2012, p. 29) y se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 517/94 del Consejo, relativo al régimen común aplicable a las importaciones de productos textiles de determinados terceros países que no estén cubiertos por Acuerdos bilaterales, Protocolos, otros Acuerdos o por otros regímenes específicos comunitarios de importación (DOUE L 336, 8.12.2012, p. 55).

### III. POLÍTICA AGRÍCOLA

La regulación de los aspectos generales de la Política Agrícola común (PAC) siempre contempla aspectos financieros de la misma, y así en este último cuatrimestre del año se adopta normativa por la que se establecen la forma y el contenido de la información contable que debe presentarse a la Comisión con vistas a la liquidación de cuentas del FEAGA y del Feader, así como con fines de seguimiento y elaboración de previsiones (DOUE L 240, 6.09.2012, p. 3) y 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 244, 8.09.2012, p. 11).

También se modifican los Reglamentos (CE) n° 1122/2009 y (UE) n° 65/2011 en lo que atañe al método para la determinación del interés aplicable a los pagos indebidos que deben recuperarse de los beneficiarios de los regímenes de ayuda directa a los agricultores en virtud del Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo, de la ayuda al desarrollo rural en virtud del Reglamento (CE) n° 1698/2005 del Consejo y de la ayuda al sector vitivinícola en virtud del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo (DOUE L 280, 13.10.2012, p.

1) y se fijan, para el ejercicio contable 2013 del FEAGA, los tipos de interés que habrán de aplicarse para calcular los gastos de financiación de las intervenciones consistentes en operaciones de compra, almacenamiento y salida de existencias (DOUE L 280, 13.10.2012, p. 3). Igualmente, se establecen excepciones a determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n° 1122/2009 con respecto a las posibilidades de presentación de solicitudes de ayuda en virtud del régimen de pago único para 2012 y de atribución de derechos de pago, o de incremento de su valor unitario, procedentes de la reserva nacional en 2012, y con respecto al contenido de la solicitud única; del Reglamento (CE) n° 1120/2009 en lo tocante a la declaración de los derechos de pago en 2012, y del Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo en lo relativo a la verificación de las condiciones de admisibilidad antes de los pagos y a la fecha en que las parcelas deben estar a disposición de los agricultores (DOUE L 357, 28.12.2012, p. 10).

Además, se publica la versión de 2013 de la nomenclatura de los productos agrarios para las restituciones por exportación establecida en el Reglamento (CEE) n° 3846/87 (DOUE L 358, 28.12.2012, p. 1) y se modifican los Reglamentos (CE) n° 2535/2001, (CE) n° 917/2004, (CE) n° 382/2008, (CE) n° 748/2008, (CE) n° 810/2008 y (CE) n° 610/2009 en lo que concierne a las obligaciones de notificación dentro de la organización común de mercados agrícolas (DOUE L 348, 18.12.2012, p. 7).

Continuando con los aspectos más generales de la PAC, también se adopta un reglamento sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios (DOUE L 343, 14.12.2012, p. 1).

En ámbitos un poco más concretos de la PAC, se modifica el Reglamento (CE) n° 867/2008 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que respecta a las organizaciones profesionales del sector oleícola, sus programas de actividades y su financiación (DOUE L 256, 22.09.2012, p. 18). Se modifica igualmente el Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que atañe al régimen de pago único y apoyo a los viticultores (DOUE L 316, 14.11.2012, p. 41) y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 543/2011 en lo que respecta a los volúmenes que activan la imposición de derechos adicionales a las mandarinas y satsumas, las clementinas, las alcachofas, las naranjas y los calabacines (DOUE L 297, 26.10.2012, p. 9).

Se modifican el anexo II de la Decisión 2007/777/CE y el anexo II del Reglamento (UE) n° 206/2010 en lo que respecta a las entradas correspondien-

tes a Croacia de las listas de terceros países o partes de los mismos desde los que está autorizada la introducción en la Unión de carne fresca y de determinados productos cárnicos (DOUE L 308, 8.11.2012, p. 13) y el Reglamento (CE) n° 412/2008 en lo que respecta a la división en subperíodos del período del contingente arancelario de importación de carne de vacuno congelada destinada a la transformación DOUE L 313, 13.11.2012, p. 16). También se modifica el Reglamento (CE) n° 543/2008 por el que se establecen normas de desarrollo del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que atañe a la comercialización de carne de aves de corral (DOUE L 350, 20.12.2012, p. 63).

Por otra parte se adopta un reglamento relativo a la apertura para 2013 del contingente arancelario aplicable a la importación en la Unión Europea de determinadas mercancías originarias de Noruega que resultan de la transformación de productos agrícolas regulados por el Reglamento (CE) n° 1216/2009 del Consejo (DOUE L 322, 21.11.2012, p. 2) y otro por el que se imponen condiciones especiales a la importación de piensos y alimentos originarios o procedentes de Japón a raíz del accidente en la central nuclear de Fukushima y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 284/2012 (DOUE L 299, 27.10.2012, p. 31).

Los aspectos de la PAC que se refieren a los productos, vegetales, cereales, hortícolas, también son objeto de regulación, y así se adopta programa plurianual coordinado de control de la Unión para 2013, 2014 y 2015 destinado a garantizar el respeto de los límites máximos de residuos de plaguicidas en los alimentos de origen vegetal y animal y a evaluar el grado de exposición de los consumidores a estos residuos (DOUE L 235, 1.09.2012, p. 8) y se establecen las disposiciones necesarias para la aplicación del procedimiento de renovación de las sustancias activas de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización de productos fitosanitarios (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 26).

En la regulación para la protección frente a organismos nocivos para los vegetales o productos vegetales y contra su propagación en el interior de la Comunidad, se adoptan tres decisiones, una relativa a las medidas para evitar la introducción en la Unión y la propagación en el interior de la misma del género *Pomacea* (Perry) (DOUE L 311, 10.11.2012, p. 14), otra relativa a una participación financiera de la Unión en 2012, de conformidad con la Directiva 2000/29/CE del Consejo, para cubrir los gastos soportados por Alemania, España, Francia, Italia, Chipre, Países Bajos y Portugal en la lucha contra organismos nocivos para los vegetales o los productos vegetales (DOUE L 348, 18.12.2012, p. 22) y una tercera relativa a las medidas para impedir la intro-

ducción en la Unión y la propagación en el interior de la misma de *Pseudomonas syringae* pv. *actinidiae*, Takikawa, Serizawa, Ichikawa, Tsuyumu & Goto (DOUE L 335, 7.12.2012, p. 49). También se modifican las Directivas 2003/90/CE y 2003/91/CE, por las que se establecen disposiciones de aplicación a los fines del artículo 7 de la Directiva 2002/53/CE del Consejo y del artículo 7 de la Directiva 2002/55/CE del Consejo, respectivamente, en lo que concierne a los caracteres que los exámenes deben analizar como mínimo y las condiciones mínimas para examinar determinadas variedades de especies de plantas agrícolas y hortícolas (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 37).

En otros ámbitos, se modifica la Decisión 2008/971/CE del Consejo a fin de incluir materiales forestales de reproducción de la categoría «cualificados» y actualizar el nombre de las autoridades responsables de la autorización y del control de la producción (DOUE L 328, 28.11.2012, p. 1) y también se modifica la Decisión 2003/17/CE del Consejo en ampliación de su período de aplicación y en actualización de los nombres de un tercer país y de las autoridades responsables de la autorización y el control de la producción (DOUE L 328, 28.11.2012, p. 4).

Determinados anexos de las Directivas 66/401/CEE y 66/402/CEE del Consejo son modificados en lo que se refiere a las condiciones que deben cumplir las semillas de *Galega orientalis* Lam., el peso máximo de cada lote de semillas de determinadas especies de plantas forrajeras y el tamaño de la muestra de *Sorghum* spp. (DOUE L 325, 23.11.2012, p. 13) y se autoriza un incremento de los límites del aumento artificial del grado alcohólico natural del vino producido con uvas cosechadas en 2012 en determinadas regiones vitícolas (DOUE L 337, 10.12.2012, p. 44).

En cuanto a la regulación de materias referidas a la ganadería, animales y aves de corral, y en lo relativo a los piensos, se autorizan una serie de sustancias contenidas en los mismos, así se autorizan, un preparado de cloruro de amonio como aditivo en los piensos para corderos de engorde (titular de la autorización: Latochema Co. Ltd) (DOUE L 251, 18.09.2012, p. 27), la 6-fitasa (EC 3.1.3.26) producida por *Aspergillus oryzae* (DSM 22594) como aditivo en los piensos para aves de corral, lechones destetados, cerdos de engorde y cerdas (titular de la autorización: DSM Nutritional Products) (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 7), un preparado de endo-1,4-beta-xilanasas producidas por *Aspergillus oryzae* (DSM 10287) como aditivo para la alimentación de aves de engorde, lechones destetados y cerdos de engorde y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1332/2004 y (CE) n° 2036/2005 (titular de la autorización: DSM Nutritional Products) (DOUE L 347, 15.12.2012, p. 12), *Lactoba-*

cillus brevis (DSMZ 21982) como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 9), la urea como aditivo en piensos para rumiantes (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 11), la 6-fitasa (EC 3.1.3.26) producida por *Schizosaccharomyces pombe* (ATCC 5233) como aditivo para la alimentación de todas las especies de aves de engorde distintas de los pollos de engorde, los pavos de engorde y los patos de engorde y de todas las especies de aves para puesta distintas de las gallinas ponedoras (titular de la autorización: Danisco Animal Nutrition) (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 14).

Continuando con las autorizaciones, endo-1,4-beta-xilanasa producida por *Trichoderma reesei* (MULC 49755) y endo-1,3(4)-beta-glucanasa producida por *Trichoderma reesei* (MULC 49754) como aditivo en piensos para gallinas ponedoras y especies menores de aves de corral de engorde y ponedoras (titular de la autorización: Aveve NV) (DOUE L 297, 26.10.2012, p. 11), endo-1,4-beta-xilanasa producida por *Trichoderma koningii* (MUCL 39203) para pavos de engorde y pavos criados para reproducción (titular de la autorización Lyven) (DOUE L 342, 14.12.2012, p. 23), *Lactobacillus plantarum* (NCIMB 41028) y *Lactobacillus plantarum* (NCIMB 30148) como aditivos en los piensos para todas las especies animales (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 17), preparados de *Lactobacillus plantarum* (DSM 23375, CNCM I-3235, DSM 19457, DSM 16565, DSM 16568, LMG 21295, CNCM MA 18/5U, NCIMB 30094, VTT E-78076, ATCC PTSA-6139, DSM 18112, DSM 18113, DSM 18114, ATCC 55943 y ATCC 55944) como aditivos en piensos para todas las especies animales (DOUE L 314, 14.11.2012, p. 15), preparado de *Propionibacterium acidipropionici* (CNCM MA 26/4U) como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 297, 26.10.2012, p. 15), preparados de *Pediococcus acidilactici* CNCM MA 18/5M DSM 11673, *Pediococcus pentosaceus* DSM 23376, NCIMB 12455 y NCIMB 30168, *Lactobacillus plantarum* DSM 3676 y DSM 3677 y *Lactobacillus buchneri* DSM 13573 como aditivos en los piensos para todas las especies animales (DOUE L 330, 30.11.2012, p. 14).

Las autorizaciones comprenden, hidroxicloruro de zinc monohidratado como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 297, 26.10.2012, p. 18), preparado de carbonato de lantano, octahidrato, como aditivo en los alimentos para perros (titular de la autorización: Bayer Animal Health GmbH) (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 21), endo-1,4-beta-xilanasa producida por *Aspergillus niger* (CBS 109.713) como aditivo en la alimentación de pavos criados para reproducción, especies menores de aves para engorde y criadas para puesta o reproducción y aves ornamentales (titular de la autorización: BASF SE) (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 23), preparado de ácido cítrico, ácido sórbico, timol y vainillina como aditivo en los piensos para

pollos de engorde, pollitas para puesta, todas las especies menores de aves de engorde y para puesta, y suidos destetados distintos de *Sus scrofa domesticus* (titular de la autorización: Vetagro SpA) (DOUE L 253, 20.09.2012, p. 8), azorrubina como aditivo en los piensos para gatos y perros (DOUE L 257, 25.09.2012, p. 3), taumatina como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 257, 25.09.2012, p. 7), naringina como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 257, 25.09.2012, p. 10), endo-1,4-beta-xilanasas producidas por *Trichoderma reesei* (ATCC PTA 5588) como aditivo alimentario para especies menores de aves de corral distintas de los patos (titular de la autorización: Danisco Animal Nutrition) (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 68).

Se modifican, el Reglamento de Ejecución (UE) n° 837/2012, con respecto a la actividad mínima de un preparado de 6-*fitasa* producida por *Aspergillus oryzae* (DSM 22594) como aditivo en los piensos para aves de corral, lechones destetados, cerdos de engorde y cerdas (titular de la autorización: DSM Nutritional Products) (DOUE L 356, 22.12.2012, p. 61), el Reglamento (UE) n° 9/2010 en lo que respecta al contenido mínimo del preparado de endo-1,4-beta-xilanasas producidas por *Trichoderma reesei* (ATCC PTA 5588) como aditivo de piensos para gallinas ponedoras (titular de la autorización: Danisco Animal Nutrition) (DOUE L 342, 14.12.2012, p. 25) 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 350, 20.12.2012, p. 44), y el Reglamento (CE) n° 1906/2009 en lo que se refiere al contenido mínimo de endo-1,4-beta-xilanasas producidas por *Aspergillus niger* (CBS 109.713) como aditivo en los piensos para pollos de engorde y para patos (titular de la autorización BASF SE) (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 60).

También se establecen los límites máximos de determinadas sustancias que se pueden encontrar en distintos productos. Así se determinan los límites máximos de residuos de acibenzolar-S-metilo, amisulbrom, ciazofamida, diflufenicán, dimoxistrobina, metoxifenocida y nicotina en determinados productos (DOUE L 266, 2.10.2012, p. 1), los límites máximos de residuos de acefato, alacloro, anilazina, azociclotina, benfuracarb, butilato, captafol, carbaril, carbofurano, carbosulfán, clorfenapir, clortal-dimetilo, clortiamida, cihexatina, diazinón, diclobenil, dicofol, dimetipina, diniconazol, disulfotón, fenitrotión, flufenzina, furatiocarb, hexaconazol, lactofén, mepronil, metamidofós, metopreno, monocrotofós, monurón, oxicarboxina, oxidemetón-metilo, paratión-metilo, forato, fosalón, procimidona, profenofós, propacloro, quincloraco,

quintoceno, tolilfluanida, tricloρφón, tridemorfo y trifluralina en determinados productos, y por el que se modifica dicho Reglamento añadiendo el anexo V, en el que figuran los valores por defecto (DOUE L 273, 6.10.2012, p. 1), se modifican los Reglamentos (CE) n° 232/2009, (CE) n° 188/2007, (CE) n° 186/2007, (CE) n° 209/2008, (CE) n° 1447/2006, (CE) n° 316/2003, (CE) n° 1811/2005, (CE) n° 1288/2004, (CE) n° 2148/2004, (CE) n° 1137/2007, (CE) n° 1293/2008, (CE) n° 226/2007, (CE) n° 1444/2006, (CE) n° 1876/2006, (CE) n° 1847/2003, (CE) n° 2036/2005, (CE) n° 492/2006, (CE) n° 1200/2005 y (CE) n° 1520/2007 en cuanto al contenido máximo de determinados microorganismos en los piensos completos (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 56).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 en lo que respecta a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas acetamiprid, alfa-cipermetrina, *Ampelomyces quisqualis* cepa: AQ 10, benalaxil, bifenazato, bromoxinil, clorprofam, desmedifam, etoxazol, *Gliocladium catenulatum* cepa: J1446, imazosulfurón, laminarina, mepanipirima, metoxifenozida, milbemectina, fenmedifam, *Pseudomonas chlororaphis* cepa: MA 342, quinoxifeno, S-metolacloro, tepraloxidim, tiacloprid, tiram y ziram (DOUE L 342, 14.12.2012, p. 27).

También se aprueban una serie de sustancias activas, como isopirazam (DOUE L 308, 8.11.2012, p. 15), fosfano (DOUE L 310, 9.11.2012, p. 24), virus del mosaico amarillo del calabacín (cepa débil) (DOUE L 350, 20.12.2012, p. 55), *Trichoderma asperellum* (cepa T34) (DOUE L 350, 20.12.2012, p. 59), 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, y se modifica el anexo del Reglamento (UE) n° 37/2010, 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 foxima (DOUE L 338, 12.12.2012, p. 20).

Se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 669/2009 por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la intensificación de los controles oficiales de las importaciones de determinados piensos y alimentos de origen no animal (DOUE L 263, 28.09.2012, p. 26) y también el anexo del Reglamento (UE) n° 37/2010, 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 340, 13.12.2012, p. 35).

En este sector, se modifica el anexo I de la Decisión 2004/211/CE en lo que respecta a las entradas correspondientes a Bahréin y Brasil de la lista de terceros países y partes de los mismos a partir de los cuales se autoriza la introducción en la Unión Europea de équidos vivos y esperma, óvulos y embriones de la especie equina (DOUE L 264, 29.09.2012, p. 15) y se deroga el Reglamento (CE) n° 1180/2008 por el que se establece un sistema de comunicación de información sobre determinados suministros de carne de vacuno y porcino destinados al territorio de la Federación de Rusia (DOUE L 282, 16.10.2012, p. 39). Además, se modifica el Reglamento (UE) n° 206/2010 en lo que respecta al modelo de certificado veterinario para ganado bovino doméstico destinado al tránsito desde la región de Kaliningrado a otras regiones de Rusia a través del territorio de Lituania (DOUE L 336, 8.12.2012, p. 9) y se modifica la Decisión 2007/777/CE y el Reglamento (CE) n° 798/2008 en lo que respecta a las entradas correspondientes a Rusia en las listas de terceros países desde los que pueden introducirse en la Unión determinada carne y determinados productos cárnicos y huevos (DOUE L 336, 8.12.2012, p. 17).

Por otra parte, se autoriza la comercialización de productos que contengan, se compongan de o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente MIR162 (SYN-IR162-4) con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 290, 20.10.2012, p. 14).

En materia de sanidad, se modifica el anexo X del Reglamento (CE) n° 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la lista de pruebas de diagnóstico rápido (DOUE L 314, 14.11.2012, p. 13), se modifican los anexos I y II de la Directiva 82/894/CEE del Consejo relativa a la notificación de las enfermedades de los animales en la Unión (DOUE L 329, 29.11.2012, p. 19) y la Decisión 2000/96/CE para incluir en ella la encefalitis transmitida por garrapatas y la categoría de enfermedades transmitidas por vectores (DOUE L 239, 5.09.2012, p. 3). Se adopta un reglamento relativo a un objetivo de la Unión para la reducción de *Salmonella Enteritidis* y *Salmonella Typhimurium* en las manadas de pavos, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 2160/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 340, 13.12.2012, p. 29).

En el sector de los productos lácteos y de la ganadería, se completa el Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que atañe a la cooperación transnacional y las negociaciones contractuales de las organizaciones de productores en el sector de la leche y de los productos lácteos (DOUE L 263, 28.09.2012, p. 8), se modifica el anexo I del Reglamento (UE) n° 605/2010 en lo que respecta a la supresión de la entrada correspondiente a las Antillas Neerlandesas de la lis-

ta de terceros países a partir de los cuales está autorizada la introducción en la Unión de partidas de leche cruda y productos lácteos (DOUE L 287, 18.10.2012, p. 5) y se modifica el Reglamento (CE) n° 2535/2001 en lo que respecta a las importaciones preferentes de leche y productos lácteos efectuadas al margen de los contingentes y al contingente de importación de productos lácteos originarios de la República de Moldova (DOUE L 318, 15.11.2012, p. 7).

En cuanto a los centros escolares y la ayuda alimentaria se adopta un reglamento por el que se adopta un plan de asignación a los Estados miembros de los recursos imputables al ejercicio presupuestario 2013 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 307, 7.11.2012, p. 62).

#### IV. POLÍTICA PESQUERA

En el desarrollo de la Política de Pesca de la Unión Europea suele ser necesaria la celebración de numerosos tratados internacionales, y así se produce el depósito del instrumento de ratificación por parte de la Unión Europea de la Convención para la Conservación y Ordenación de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur (DOUE L 255, 21.09.2012, p. 2). Se procede a la firma y a 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 materia de pesca entre la Comunidad Europea, por una parte, y el Gobierno de Dinamarca y el Gobierno Autónomo de Groenlandia, por otra (DOUE L 293, 23.10.2012, p. 4 y 5), 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, por una parte, y la República de Kiribati, por otra (DOUE L 300, 30.10.2012, p. 2 y 3), del Protocolo acordado entre la Unión Europea y la República de Madagascar por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero en vigor entre ambas Partes (DOUE L 361, 31.12.2012, p. 11 y 12), del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República Islámica de Mauritania para un período de dos años (DOUE L 361, 31.12.2012, p. 43) y se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República de Mauricio (DOUE L 300, 30.10.2012, p. 34).

En lo que se refiere al régimen general de la pesca y flotas pesqueras, se adopta un reglamento sobre la conservación y la explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la política pesquera común (DOUE L 343, 14.12.2012, p. 30) y se modifica el Reglamento (CE) n° 391/2007 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 861/2006 del Consejo en lo que se refiere a los gastos realizados por los Estados miembros para llevar a la práctica los sistemas de seguimiento y de control aplicables en el marco de la política pesquera común (DOUE L 295, 25.10.2012, p. 9). También se modifica el Reglamento (UE) n° 468/2010 por el que se establece la lista de la UE de los buques que practican una pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 350, 20.12.2012, p. 38) y se adopta normativa sobre medidas relacionadas con el comercio encaminadas a garantizar el suministro de determinados productos de la pesca a los transformadores de la Unión de 2013 a 2015 y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 104/2000 y (UE) n° 1344/2011 (DOUE L 349, 19.12.2012, p. 4).

En aspectos más concretos de la política pesquera, se establece el plazo en caso de infrautilización de las posibilidades de pesca al amparo del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de colaboración en materia de pesca entre la Comunidad Europea, por una parte, y el Gobierno de Dinamarca y el Gobierno Autónomo de Groenlandia, por otra (DOUE L 293, 23.10.2012, p. 1) y se modifican los anexos de la Decisión 2006/766/CE en lo que respecta a las entradas en las listas de terceros países y territorios desde los que se autorizan las importaciones de moluscos bivalvos, equinodermos, tunicados, gasterópodos marinos y productos de la pesca destinados al consumo humano (DOUE L 308, 8.11.2012, p. 25).

También se establece una excepción al Reglamento (CEE) n° 2454/93 en lo relativo a las normas de origen utilizadas a los fines del sistema de preferencias arancelarias generalizadas, atendiendo a la situación particular de Guatemala en lo que respecta a las exportaciones de determinados productos de la pesca a la Unión Europea (DOUE L 310, 9.11.2012, p. 28) y otra excepción al Reglamento (CEE) n° 2454/93 en lo relativo a las normas de origen utilizada a los fines del sistema de preferencias arancelarias generalizadas, atendiendo a la situación particular de El Salvador en lo que respecta a las exportaciones de determinados productos de la pesca a la Unión Europea (DOUE L 310, 9.11.2012, p. 31).

Por último, en esta materia se adopta una decisión sobre la contribución financiera de la Unión Europea a los programas nacionales de cinco Estados

miembros (Irlanda, España, Francia, Malta y Portugal) en 2012 para la recopilación, gestión y uso de datos en el sector pesquero (DOUE L 348, 18.12.2012, p. 20).

En cuanto a la protección del medio marino y de las cuotas generales de pesca se establece un programa específico de control e inspección de las pesquerías pelágicas en las aguas occidentales del Atlántico Nororiental (DOUE L 350, 20.12.2012, p. 99), se decide la asignación a España de días de mar adicionales en las divisiones CIEM VIIIc y IXa, excluido el Golfo de Cádiz (DOUE L 284, 17.10.2012, p. 13) y se confirman las medidas propuestas por los Países Bajos para la protección de las zonas marinas de conservación de la zona costera del Mar del Norte, de la Vlakte van de Raan y del Voordelta (DOUE L 291, 20.10.2012, p. 1).

Se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea, por una parte, y la República de Kiribati, por otra (DOUE L 300, 30.10.2012, p. 35), se adopta un reglamento relativo al reparto de las posibilidades de pesca al amparo del Protocolo del Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República de Mauricio (DOUE L 300, 30.10.2012, p. 37), se asignan las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo acordado entre la Unión Europea y la República de Madagascar 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 361, 31.12.2012, p. 85) y se adopta un reglamento relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República Islámica de Mauritania para un período de dos años, y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1801/2006 (DOUE L 361, 31.12.2012, p. 87).

En esta materia se adopta normativa sobre determinadas medidas destinadas a la conservación de las poblaciones de peces en relación con los países que autorizan una pesca no sostenible (DOUE L 316, 14.11.2012, p. 34), se modifican el Reglamento (CE) n° 754/2009, en lo que respecta a la exclusión de determinados grupos de buques del régimen de gestión del esfuerzo pesquero previsto en el capítulo III del Reglamento (CE) n° 1342/2008, así como el Reglamento (UE) n° 43/2012 y el Reglamento (UE) n° 44/2012 en lo que respecta a determinadas posibilidades de pesca (DOUE L 310, 9.11.2012, p. 13) y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 700/2012, por el que se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en

2012, debido a la sobrepesca practicada en años anteriores (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 70).

También se cursa una notificación a los terceros países que la Comisión estima susceptibles de ser considerados terceros países no cooperantes conforme al Reglamento (CE) n° 1005/2008 del Consejo por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE C 354, 17.11.2012, p. 1) y se establecen, para 2013, las posibilidades de pesca aplicables en el Mar Báltico (DOUE L 323, 22.11.2012, p. 2), en el Mar Negro (DOUE L 356, 22.12.2012, p. 19) a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces y para 2013 y 2014, las posibilidades de pesca de determinadas poblaciones de peces de aguas profundas por parte de los buques de la UE (DOUE L 356, 22.12.2012, p. 22). Además se establece un plan a largo plazo para las poblaciones de bacalao y las pesquerías que las explotan (DOUE L 352, 21.12.2012, p. 10). Y se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en 2012, debido a la sobrepesca practicada en años anteriores en otras poblaciones, y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 700/2012 en lo concerniente a las cantidades que deben deducirse en futuros años (DOUE L 331, 1.12.2012, p. 31).

En ámbitos relacionados con la sanidad, se modifica el anexo IV de la Directiva 2006/88/CE del Consejo en lo relativo a la lista de especies de peces sensibles a la septicemia hemorrágica vírica y la supresión de la entrada correspondiente al síndrome ulceroso epizootico (DOUE L 297, 26.10.2012, p. 26) y se modifica el Reglamento (CE) n° 2074/2005 y el Reglamento (CE) n° 1251/2008 en cuanto a la lista de las especies portadoras, los requisitos zoonómicos y los requisitos de certificación del síndrome ulceroso epizootico y en cuanto a la entrada correspondiente a Tailandia en la lista de terceros países desde los que se autorizan las importaciones en la Unión de determinados peces y productos de la pesca (DOUE L 306, 6.11.2012, p. 1). También se modifica la Decisión 2008/866/CE, relativa a las medidas de emergencia para la suspensión de las importaciones de determinados moluscos bivalvos destinados al consumo humano procedentes de Perú, en lo que respecta a su período de aplicación (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 56).

En la regulación de las cuotas pesqueras se suelen establecer limitaciones para la pesca de determinadas especies. Y en lo que afecta a la flota española, se prohíbe la pesca de gamba nórdica en la zona NAFO 3L (DOUE L 241, 7.09.2012, p. 48), bacalao en aguas de Noruega de las zonas I y II (DOUE L 247, 13.09.2012, p. 5) brosmio en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas V, VI y VII (DOUE L 250, 15.09.2012, p. 7) granadero en aguas de la UE

y aguas internacionales de las zonas Vb, VI y VII (DOUE L 251, 18.09.2012, p. 19) granadero en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas VIII, IX, X, XII y XIV (DOUE L 251, 18.09.2012, p. 21) caballa en las zonas VI, VII, VIIIa, VIIIb, VIIIc y VIId, en aguas de la UE y aguas internacionales de la zona Vb y en aguas internacionales de las zonas IIa, XII y XIV (DOUE L 256, 22.09.2012, p. 16) gallineta nórdica en la zona NAFO 3M (DOUE L 272, 6.10.2012, p. 11) anchoa en las zonas IX y X; aguas de la UE de CPACO 34.1.1 (DOUE L 272, 6.10.2012, p. 13) jurel y capturas accesorias asociadas en aguas de la UE de las zonas IIa, IVa; VI, VIIa-c, VIIe-k, VIIIa, VIIIb, VIId y VIIE; aguas de la UE y aguas internacionales de la zona Vb; aguas internacionales de las zonas XII y XIV (DOUE L 295, 25.10.2012, p. 7) brótola en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas VIII y IX (DOUE L 314, 14.11.2012, p. 1) alfonsino en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII y XIV (DOUE L 314, 14.11.2012, p. 3) aguja azul en el Océano Atlántico (DOUE L 348, 18.12.2012, p. 5).

Por otra parte, se modifica el Reglamento (UE) n° 165/2011 por el que se deducen determinadas cuotas de caballa asignadas a España para 2011 y años siguientes debido a la sobrepesca practicada en 2010 (DOUE L 294, 24.10.2012, p. 3) y se añaden a la cuota de pesca de anchoa de 2012/13 en el Golfo de Vizcaya las cantidades retenidas por Francia en la campaña de pesca 2011/12, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 847/96 del Consejo (DOUE L 290, 20.10.2012, p. 8).

## V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

La Libre Circulación de los Trabajadores, la Política Social y de Empleo es objeto de regulación en el último cuatrimestre de 2012, y así se decide la aplicación del Reglamento de Ejecución (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo y el restablecimiento de EURES (DOUE L 328, 28.11.2012, p. 21) y se modifican el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 (DOUE L 349, 19.12.2012, p. 45).

Y en relación con España, la Comisión autoriza a España a ampliar la suspensión temporal de la aplicación de los artículos 1 a 6 del Reglamento (UE)

nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, con respecto a los trabajadores rumanos (DOUE L 356, 22.12.2012, p. 90).

## VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación con el Derecho de Establecimiento y la Libre prestación de servicios también se produce nueva regulación, y así se modifica la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II) por lo que se refiere a la fecha de transposición, la fecha de aplicación y la fecha de derogación de determinadas Directivas (DOUE L 249, 14.09.2012, p.1) y se modifica el Reglamento (CE) nº 809/2004 en cuanto a la información relativa al consentimiento para la utilización del folleto, a la información sobre índices subyacentes y a la exigencia de un informe elaborado por contables o auditores independientes (DOUE L 256, 22.09.2012, p. 4).

Se adoptan además dos directivas, una sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (DOUE L 299, 27.10.2012, p. 5) y otra tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (DOUE L 315, 14.11.2012, p. 74).

## VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

El desarrollo de la política de transportes también suele requerir la celebración de numerosos Tratados internacionales. Así se decide la posición que ha de adoptar la Unión Europea, en el seno del Comité Mixto UE-OACI, respecto a la Decisión relativa a la adopción de un anexo sobre seguridad física de la aviación para el Memorando de Cooperación entre la Unión Europea y la Organización de Aviación Civil Internacional sobre un marco para el mejoramiento de la cooperación (DOUE L 266, 2.10.2012, p. 37). Se decide también la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Acuerdo sobre una zona de aviación común entre la Unión Europea y sus Estados miembros y la República de Moldavia (DOUE L 292, 20.10.2012, p. 1 y 3) la firma y la aplicación provisional del Acuerdo sobre un espacio aéreo co-

mún entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra (DOUE L 321, 20.11.2012, p. 1 y 3) y la firma y aplicación provisional del Acuerdo Euromediterráneo de Aviación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hachemí de Jordania, por otra (DOUE L 334, 6.12.2012, p. 1 y 3).

También se adopta una decisión por el Comité Mixto de Transporte Aéreo Unión Europea/Suiza instituido por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo, de 30 de noviembre de 2012, por la que se sustituye el anexo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo (DOUE L 356, 22.12.2012, p. 109).

En lo que respecta a los transportes aéreos se adopta un reglamento de ejecución por el que se establecen el reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea, y por el que se modifican el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1035/2011 y los Reglamentos (CE) n° 1265/2007, (CE) n° 1794/2006, (CE) n° 730/2006, (CE) n° 1033/2006 y (UE) n° 255/2010 (DOUE L 281, 13.10.2012, p. 1). Se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas en virtud del Reglamento (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 296, 25.10.2012, p. 1), también se establecen requisitos de separación entre canales de voz para el Cielo Único Europeo (DOUE L 320, 17.11.2012, p. 14) y se modifica el Reglamento (UE) n° 185/2010 en lo que se refiere a la validación de seguridad aérea de la UE (DOUE L 324, 22.11.2012, p. 25).

También se modifica el Reglamento (CE) n° 474/2006 por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOUE L 333, 5.12.2012, p. 7) y se adopta una decisión sobre derechos de acceso al depósito central europeo de recomendaciones de seguridad y a sus respuestas, creado en virtud del artículo 18, apartado 5, del Reglamento (UE) n° 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y por el que se deroga la Directiva 94/56/CE (DOUE L 342, 14.12.2012, p. 46).

En los transportes por carretera, se modifica la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el permiso de conducción (DOUE L 321, 20.11.2012, p. 54).

En cuanto al transporte marítimo se adoptan decisiones relativas al reco-

nocimiento de Egipto (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 57) y del Reino Hachemí de Jordania (DOUE L 347, 15.12.2012, p. 28) 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

Se adopta una directiva por la que se modifica la Directiva 96/98/CE del Consejo sobre equipos marinos (DOUE L 312, 10.11.2012, p. 1) y otra por la que se modifica la Directiva 2008/106/CE relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas (DOUE L 343, 14.12.2012, p. 78) y se modifica el Reglamento (UE) n° 802/2010 en lo que respecta al historial de las compañías (DOUE L 347, 15.12.2012, p. 10).

En el sector del transporte ferroviario, se modifica la Decisión 2012/88/UE sobre la especificación técnica de interoperabilidad relativa a los subsistemas de control-mando y señalización del sistema ferroviario transeuropeo (DOUE L 311, 10.11.2012, p. 3), se adoptan dos reglamentos, uno sobre un método común de seguridad para la supervisión por parte de las autoridades nacionales de seguridad tras la expedición de certificados de seguridad o autorizaciones de seguridad (DOUE L 320, 17.11.2012, p. 3) y otro sobre un método común de seguridad en materia de vigilancia que deberán aplicar las empresas ferroviarias y los administradores de infraestructuras que hayan obtenido un certificado de seguridad o una autorización de seguridad, así como las entidades encargadas del mantenimiento (DOUE L 320, 17.11.2012, p. 8) y la directiva por la que se establece un espacio ferroviario europeo único (DOUE L 343, 14.12.2012, p. 32) así como una decisión sobre la especificación técnica de interoperabilidad relativa al subsistema «explotación y gestión del tráfico» del sistema ferroviario de la Unión Europea y por la que se modifica la Decisión 2007/756/CE (DOUE L 345, 15.12.2012, p. 1).

En la política de transportes, por último, se adaptan por segunda vez al progreso científico y técnico los anexos de la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas (DOUE L 332, 4.12.2012, p. 18).

## VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En la política de la competencia se regulan algunos aspectos generales y así se modifica el Reglamento (CE) n° 1225/2009 del Consejo, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea (DOUE L 344, 14.12.2012, p. 1)

y se dirige una comunicación por parte de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo (DOUE C 392, 19.12.2012, p. 1).

En cuanto a la normativa sobre los derechos antidumping, se modifica el Reglamento (CE) n° 1225/2009 del Consejo relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea (DOUE L 237, 3.09.2012, p. 1).

Además, en relación con la República Popular China se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de determinadas hojas de aluminio en rollos (DOUE L 251, 18.09.2012, p. 29), determinados productos siderúrgicos revestidos de materia orgánica (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 33), las importaciones de accesorios de tubería moldeados roscados de fundición maleable (DOUE L 318, 15.11.2012, p. 10) las importaciones de determinados artículos de cerámica para el servicio de mesa o cocina (DOUE L 318, 15.11.2012, p. 28) Se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de mecanismos de palanca (DOUE L 238, 4.09.2012, p. 5), sobre las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero (DOUE L 275, 10.10.2012, p. 1) se aclara el alcance del derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento (CE) n° 383/2009 sobre las importaciones de determinados alambres y cordones para hormigón pretensado (DOUE L 297, 26.10.2012, p. 1), sobre las importaciones de tablas de planchar originarias de la República Popular China, fabricadas por Zhejiang Harmonic Hardware Products Co. Ltd (DOUE L 297, 26.10.2012, p. 5) sobre las importaciones de radiadores de aluminio originarios de la República Popular China (DOUE L 310, 9.11.2012, p. 1) sobre las importaciones de cueros y pieles agamuzados (DOUE L 334, 6.12.2012, p. 31).

También se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados tubos sin soldadura, de hierro o acero, originarios de Rusia y Ucrania (DOUE L 238, 4.09.2012, p. 1; DOUE L 357, 28.12.2012, p. 1), sobre las importaciones de determinados alcoholes grasos y sus mezclas originarios de la India, Indonesia y Malasia (DOUE L 352, 21.12.2012, p. 1).

Y se abre una investigación referente a la supuesta elusión de las medidas antidumping establecidas por el Reglamento (CE) n° 925/2009 del Consejo sobre las importaciones de determinadas hojas de aluminio, originarias de la República Popular China, mediante importaciones de determinadas hojas de aluminio en rollos, sin recocido, de una anchura superior a 650 mm, originarias

de la República Popular China, y por el que se someten dichas importaciones a registro (DOUE L 293, 23.10.2012, p. 28).

En relación con las ayudas de Estado a España, se autoriza una ayuda con respecto a la cual la Comisión no presenta objeciones (DOUE C 384, 13.12.2012, p. 1) e igualmente se autorizan ayudas en relación con algunas Comunidades Autónomas, Cataluña (DOUE C 385, 14.12.2012, p. 2), Comunidad Autónoma Euskera (DOUE C 286, 22.09.2012, p. 5) Rioja (DOUE C 313, 17.10.2012, p. 1).

## IX. FISCALIDAD

En lo que se refiere a la Política Fiscal, se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n° 904/2010 del Consejo (DOUE L 249, 14.09.2012, p.3) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 282/2011(DOUE L 290, 20.10.2012, p. 1) en lo que atañe a los regímenes especiales de los sujetos pasivos no establecidos que presten servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y televisión o electrónicos a personas que no tengan la condición de sujetos pasivos.

También se establecen disposiciones de ejecución de determinadas normas de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (DOUE L 335, 7.12.2012, p. 42) y se modifica el Reglamento (CE) n° 684/2009 en lo relativo a los datos que deben facilitarse en el marco de los procedimientos informatizados aplicables a la circulación de productos sujetos a impuestos especiales en régimen suspensivo (DOUE L 349, 19.12.2012, p. 9).

Finalmente, la Comisión emite dos recomendaciones en esta política, una relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal (DOUE L 338, 12.12.2012, p. 37) y otra sobre la planificación fiscal agresiva (DOUE L 338, 12.12.2012, p. 41).

## X. POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En los aspectos más generales de la Política Económica y Monetaria y Libre Circulación de Capitales se modifica la Decisión BCE/2010/21 so-

bre las cuentas anuales del Banco Central (BCE/2012/30) (DOUE L 356, 22.12.2012, p. 93), el Banco Central Europeo adopta tres Orientaciones, una relativa al intercambio de datos para servicios de caja (BCE/2012/16) (DOUE L 245, 11.09.2012, p. 3), otra sobre el marco de gestión de la calidad de los datos para la Base de Datos Centralizada de Valores (BCE/2012/21) (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 89) y mediante la tercera 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/2012/29) (DOUE L 356, 22.12.2012, p. 94), y emite una recomendación sobre el marco de gestión de la calidad de los datos para la Base de Datos Centralizada de Valores (BCE/2012/22) (DOUE C 339, 7.11.2012, p. 1).

La prolongada crisis económica lleva a continuar la adopción de determinadas medidas, para ayudar a los Estados miembros a superar la crisis, y así se modifica la Decisión de Ejecución 2011/344/UE, relativa a la concesión de ayuda financiera de la Unión a Portugal (DOUE L 295, 25.10.2012, p. 14) y se adopta una decisión relativa a las medidas SA. 26909 (2011/C) ejecutadas por Portugal en el contexto de la reestructuración del Banco Portuguê de Negócios (BPN) (DOUE L 301, 30.10.2012, p. 1).

Se deroga la Decisión 2009/587/CE, relativa a la existencia de un déficit excesivo en Malta (DOUE L 342, 14.12.2012, p. 43), se adopta una decisión sobre medidas temporales relativas a la admisibilidad de los instrumentos de renta fija negociables emitidos o garantizados por la República Helénica (BCE/2012/32) (DOUE L 359, 29.12.2012, p. 74) y se modifica la Orientación BCE/2012/18, sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía (BCE/2012/23) (DOUE L 284, 17.10.2012, p. 14).

En lo que se refiere al régimen del euro, se modifica la Decisión BCE/2010/14 sobre la comprobación de la autenticidad y aptitud de los billetes en euros y sobre su recirculación (BCE/2012/19) (DOUE L 253, 20.09.2012, p. 19), se adopta una decisión sobre la aprobación del volumen de emisión de moneda metálica en 2013 (BCE/2012/26) (DOUE L 334, 6.12.2012, p. 50) se modifica la Orientación BCE/2011/14 sobre los instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2012/25) (DOUE L 348, 18.12.2012, p. 30) y se adopta un acuerdo 2012/C 310/01 monetario entre la Unión Europea y el Principado de Mónaco para el uso del euro en Mónaco (DOUE C 310, 13.10.2012, p. 1).

## XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Las Relaciones exteriores y la Cooperación al Desarrollo de la Unión Europea siempre implican la celebración de numerosos tratados internacionales. En este sentido, deben abrirse negociaciones con vistas a celebrar un acuerdo internacional sobre la creación de una Fundación UE-ALC como organización internacional entre la Unión Europea y los países de América Latina y del Caribe, por lo que se autoriza la apertura de negociaciones para un acuerdo internacional sobre la creación de la Fundación UE-ALC como organización internacional (DOUE L 240, 6.09.2012, p. 1 y 2). Se modifica el anexo IV del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, por la que se incorporan los compromisos de la Commonwealth de las Bahamas (DOUE L 335, 7.12.2012, p. 2) y se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y Centroamérica, por otro, y a la aplicación provisional de su parte IV relativa al comercio, con un Protocolo sobre cooperación cultural (DOUE L 346, 15.12.2012, p. 1, 3 y 2622).

En lo que se refiere al Espacio Económico Europeo (EEE), se adopta una decisión relativa a la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE en relación con una modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE (sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades) (DOUE L 333, 5.12.2012, p. 1).

También se adoptan numerosas decisiones del Comité Mixto del EEE por la que se modifican el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) del Acuerdo EEE (DOUE L 248, 13.09.2012, p.1; DOUE L 248, 13.09.2012, p.4; DOUE L 248, 13.09.2012, p.6; DOUE L 248, 13.09.2012, p.7; DOUE L 248, 13.09.2012, p.9; DOUE L 270, 4.10.2012, p.1; DOUE L 270, 4.10.2012, p.3; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 1; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 2, DOUE L 341, 13.12.2012, p. 3; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 5; el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) y el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE (DOUE L 248, 13.09.2012, p.11; DOUE L 248, 13.09.2012, p.13; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 1); el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE (DOUE L 248, 13.09.2012, p.15; DOUE L 248, 13.09.2012, p.18; DOUE L 248, 13.09.2012, p.19; DOUE L 248, 13.09.2012, p.21; DOUE L 248, 13.09.2012, p.22; DOUE L 248, 13.09.2012, p.23; DOUE L 248, 13.09.2012, p.24; DOUE L 248, 13.09.2012, p.25; DOUE L 248, 13.09.2012, p.26; DOUE

L 248, 13.09.2012, p.27; DOUE L 270, 4.10.2012, p.4; DOUE L 270, 4.10.2012, p.29; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 3; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 4; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 6; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 29; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 30; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 31; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 32; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 36; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 6; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 7; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 8; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 9; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 11; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 12; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 13; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 14; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 15); el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE (DOUE L 270, 4.10.2012, p.6); el anexo IV (Energía) del Acuerdo EEE (DOUE L 248, 13.09.2012, p.29); el anexo VI (Seguridad social) del Acuerdo EEE (DOUE L 248, 13.09.2012, p.30; DOUE L 248, 13.09.2012, p.31; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 16; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 17); el anexo IX (Servicios financieros) del Acuerdo EEE (DOUE L 309, 8.11.2012, p. 33; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 18; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 19); el anexo XI (Comunicación electrónica, servicios audiovisuales y sociedad de la información) del Acuerdo EEE (DOUE L 248, 13.09.2012, p.32; DOUE L 270, 4.10.2012, p.30; DOUE L 270, 4.10.2012, p.31; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 7; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 21; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 22; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 23; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 24; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 25; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 27; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 28); el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE (DOUE L 248, 13.09.2012, p.33; DOUE L 270, 4.10.2012, p.33; DOUE L 270, 4.10.2012, p.34; DOUE L 270, 4.10.2012, p.35; DOUE L 270, 4.10.2012, p.37, DOUE L 309, 8.11.2012, p. 8; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 10; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 11; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 12; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 13; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 15; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 16; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 29; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 31; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 32; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 33; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 34); el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) (DOUE L 309, 8.11.2012, p. 34); el anexo XIX (Protección de los consumidores) del Acuerdo EEE (DOUE L 341, 13.12.2012, p. 35; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 36); el anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE (DOUE L 248, 13.09.2012, p.34; DOUE L 248, 13.09.2012, p.35, DOUE L 270, 4.10.2012, p.38; DOUE L 270, 4.10.2012, p.39, DOUE L 270, 4.10.2012, p.40; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 17; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 18; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 20; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 35; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 38; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 37; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 38; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 39; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 40; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 41); el anexo XXI (Estadísticas) del Acuerdo EEE (DOUE L 248,

13.09.2012, p.36; DOUE L 270, 4.10.2012, p.41; DOUE L 270, 4.10.2012, p.42; DOUE L 270, 4.10.2012, p.43; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 42; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 43) y el anexo XXII (Derecho de sociedades) del Acuerdo EEE (DOUE L 248, 13.09.2012, p.37; DOUE L 248, 13.09.2012, p.38).

También se modifican el Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (DOUE L 248, 13.09.2012, p.39; DOUE L 270, 4.10.2012, p.46; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 21; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 23; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 25; DOUE L 309, 8.11.2012, p. 26); el Protocolo 31 (sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades) y el Protocolo 37 (que contiene la lista prevista en el artículo 101) (DOUE L 270, 4.10.2012, p.4) y el Protocolo 47 (sobre la supresión de los obstáculos técnicos en el comercio del vino) del Acuerdo EEE (DOUE L 309, 8.11.2012, p. 27; DOUE L 248, 13.09.2012, p.40; DOUE L 341, 13.12.2012, p. 44).

En relación con los Países y Territorios de ultramar se modifica la Decisión 2001/822/CE relativa a la asociación de los países y territorios de ultramar a la Comunidad Europea («Decisión de Asociación ultramar») (DOUE L 264, 29.09.2012, p. 1).

Y en cuanto a las negociaciones de adhesión, se modifica el Reglamento (CE) n° 718/2007, relativo a la aplicación del Reglamento (CE) n° 1085/2006 del Consejo, por el que se establece un Instrumento de Ayuda Preadhesión (IAP) (DOUE L 247, 13.09.2012, p. 12), y se prorroga el período de puesta a disposición de la ayuda macrofinanciera de la Unión Europea a Bosnia y Herzegovina (DOUE L 302, 31.10.2012, p. 13).

En esta materia también se decide la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Estabilización y Asociación instituido por el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Albania, (DOUE L 340, 13.12.2012, p. 1), y la República de Montenegro (DOUE L 340, 13.12.2012, p. 7) por otra, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social.

Además, se decide la posición que deberá adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité de cooperación instituido por el Acuerdo de cooperación y de unión aduanera entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de San Marino, por otra, con respecto a la adopción de disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad

social (DOUE L 340, 13.12.2012, p. 13) y la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el seno del Consejo de Asociación establecido por el Acuerdo por el que se crea una asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía con respecto a la adopción de las disposiciones de coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE L 340, 13.12.2012, p. 19). También se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre los principios generales para la participación de la República de Armenia en los programas de la Unión (DOUE L 340, 13.12.2012, p. 26).

En los ámbitos de la Política de Vecindad, se decide la firma y celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre medidas recíprocas de liberalización del comercio de productos agrícolas, productos agrícolas transformados, pescado y productos de la pesca, sustitución de los Protocolos nos 1, 2 y 3 y los anexos de estos Protocolos, y modificación 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 (DOUE L 241, 7.09.2012, p. 1, 2 y 4).

Se adoptan dos decisiones del Consejo de Asociación UE-Líbano, una por la que se crean subcomités del Comité de Asociación (DOUE L 290, 20.10.2012, p. 18) y otra por la que se establece el reglamento interno del Consejo de Asociación (DOUE L 293, 23.10.2012, p. 37) y una recomendación del Consejo de Asociación UE-Jordania, relativa a la aplicación del Plan de Acción UE-Jordania para la PEV (DOUE L 287, 18.10.2012, p. 13).

En lo que se refiere a Cooperación al Desarrollo, se modifica y prorroga el período de aplicación de la Decisión 2007/641/CE relativa a la conclusión de las consultas con la República de las Islas Fiyi, con arreglo al artículo 96 del Acuerdo de Asociación ACP-CE y el artículo 37 del Reglamento por el que se establece el Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo (DOUE L 263, 28.09.2012, p. 2) y se prorroga el período de aplicación de la Decisión 2010/371/UE, relativa a la conclusión del procedimiento de consulta con la República de Madagascar en virtud del artículo 96 del Acuerdo de Asociación ACP-CE (DOUE L 333, 5.12.2012, p. 46).

Por último, en lo relativo a la Ayuda Humanitaria, se decide la firma y celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio sobre Asistencia Alimentaria (DOUE L 256, 22.09.2012, p. 3; DOUE L 330, 30.11.2012, p. 1).

## XII. ENERGÍA

En la Política de Energía también hay novedades, así se complementa la Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al etiquetado energético de las lámparas eléctricas y las luminarias (DOUE L 258, 26.09.2012, p. 1) y se decide el establecimiento de un mecanismo de intercambio de información con respecto a los acuerdos intergubernamentales entre los Estados miembros y terceros países en el sector de la energía (DOUE L 299, 27.10.2012, p. 13).

También se adopta una directiva relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE (DOUE L 315, 14.11.2012, p. 1), se crea el Grupo de Coordinación de la Electricidad (DOUE C 353, 17.11.2012, p. 2) y se adopta el Programa de Investigación Complementario del Reactor de Alto Flujo (2012-2015) que realizará el Centro Común de Investigación para la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE L 321, 20.11.2012, p. 59).

## XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En la regulación del Mercado Interior siempre suele haber normativa internacional que le afecta, y así se puede señalar, con frecuencia, la adopción de numerosos reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), como el reglamento n° 10, Prescripciones uniformes relativas a la homologación de los vehículos en lo que concierne a su compatibilidad electromagnética (DOUE L 254, 20.09.2012, p. 1); reglamento n° 94, Prescripciones uniformes sobre la homologación de los vehículos en lo relativo a la protección de sus ocupantes en caso de colisión frontal (DOUE L 254, 20.09.2012, p. 77) y reglamento n° 41, Prescripciones uniformes relativas a la homologación de motocicletas por lo que respecta al ruido (DOUE L 317, 14.11.2012, p. 1).

También en este ámbito, se decide la celebración de tratados internacionales, como el Acuerdo entre la Unión Europea y Nueva Zelanda por el que se modifica el Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo en relación con la evaluación de la conformidad entre la Comunidad Europea y Nueva Zelanda (DOUE L 356, 22.12.2012, p. 1 y 2) y el Acuerdo entre la Unión Europea y Australia por el que se modifica el Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo en relación con la evaluación e la conformidad, la certificación y el

mercado entre la Comunidad Europea y Australia (DOUE L 359, 29.12.2012, p. 1 y 2).

Finalmente, en estos ámbitos internacionales, se modifican, el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 10, a la Norma Internacional de Información Financiera 11, a la Norma Internacional de Información Financiera 12, a la Norma Internacional de Contabilidad 27 (2011), y a la Norma Internacional de Contabilidad 28 (2011) (DOUE L 360, 29.12.2012, p. 1), el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad 12, a las Normas Internacionales de Información Financiera 1 y 13, y a la Interpretación 20 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (DOUE L 360, 29.12.2012, p. 78) y el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 7 y a la Norma Internacional de Contabilidad 32 (DOUE L 360, 29.12.2012, p. 145).

Los aspectos más generales del Mercado Interior son también objeto de regulación, y en este sentido se adopta un reglamento relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión («Reglamento IMI») (DOUE L 316, 14.11.2012, p. 1), y otro sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión n° 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 316, 14.11.2012, p. 12).

En lo que se refiere a la protección de la salud humana y animal, se modifica el Reglamento (CE) n° 726/2004 en lo referente a la farmacovigilancia (DOUE L 316, 14.11.2012, p. 38), se establece un formato común para la presentación de la información prevista en la Directiva 2010/63/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos (DOUE L 320, 17.11.2012, p. 33) y se establecen una

lista de terceros países con un marco regulador aplicable a las sustancias activas de los medicamentos para uso humano y las medidas respectivas de control y ejecución que garanticen un nivel de protección de la salud pública equivalente al de la Unión, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 325, 23.11.2012, p. 15).

En relación con la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la comercialización de biocidas, se corrige el anexo I (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 26); se la modifica de forma que incluya el cis-Tricos-9-eno como sustancia activa en su anexo I (DOUE L 326, 24.11.2012, p. 13), que se amplíe la inclusión en su anexo I de la sustancia activa ácido nonanoico al tipo de producto 2 (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 28); que incluya el cianuro de hidrógeno como sustancia activa en su anexo I (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 31); se modifican determinados epígrafes del anexo I de la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 34), y se decide la no inclusión de la bifentrina para el tipo de producto 18 en los anexos I, IA o IB de la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la comercialización de biocidas (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 55).

En esta materia se adopta una directiva de ejecución por la que se establecen medidas para facilitar el reconocimiento de las recetas médicas expedidas en otro Estado miembro (DOUE L 356, 22.12.2012, p. 68).

En cuanto a la salud alimentaria y la seguridad, se adopta la lista de sustancias aromatizantes prevista en el Reglamento (CE) n° 2232/96 del Parlamento Europeo y del Consejo, se incluye dicha lista en el anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan el Reglamento (CE) n° 1565/2000 de la Comisión y la Decisión 1999/217/CE de la Comisión (DOUE L 242, 7.09.2012, p. 1), también se adoptan medidas transitorias respecto a la lista de la Unión de aromas y materiales de base que figura en el anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 242, 7.09.2012, p. 162) y la lista de sustancias aromatizantes prevista en el Reglamento (CE) n° 2232/96 del Parlamento Europeo y del Consejo, se incluye dicha lista en el anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan el Reglamento (CE) n° 1565/2000 de la Comisión y la Decisión 1999/217/CE de la Comisión (DOUE L 267, 2.10.2012, p. 1), así como medidas transitorias respecto a la lista de la Unión de aromas y materiales de base que figura en el anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 267, 2.10.2012, p.162).

Igualmente, se modifica el Reglamento (CE) n° 1924/2006 en lo relativo a la lista de declaraciones nutricionales (DOUE L 310, 9.11.2012, p. 36), se adopta un reglamento sobre la autorización de una declaración de propiedades saludables en los alimentos relativa a la reducción del riesgo de enfermedad (DOUE L 310, 9.11.2012, p. 38), se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la utilización del jarabe de poliglicitol en determinadas categorías de alimentos (DOUE L 310, 9.11.2012, p. 41) y se modifica el Reglamento (UE) n° 231/2012, por el que se establecen 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 en lo relativo al jarabe de poliglicitol (DOUE L 310, 9.11.2012, p. 45).

También se modifican el Reglamento (CE) n° 1332/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre enzimas alimentarias en relación con las medidas transitorias (DOUE L 313, 13.11.2012, p. 9); el anexo II del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la utilización del dimetilpolisiloxano (E 900) como antiespumante en complementos alimenticios (DOUE L 313, 13.11.2012, p. 11), el Reglamento (CE) n° 1881/2006 en lo que respecta al contenido máximo de aflatoxinas en los higos secos (DOUE L 313, 13.11.2012, p. 14), y el anexo II del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere al uso del dicarbonato de dimetilo (E 242) en determinadas bebidas alcohólicas (DOUE L 336, 8.12.2012, p. 75).

Por otra parte, se autoriza la introducción en el mercado de la lactoferrina bovina como nuevo ingrediente alimentario con arreglo al Reglamento (CE) n° 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo (Morinaga) (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 46) y la introducción en el mercado del dihidrocapsiato como nuevo ingrediente alimentario con arreglo al Reglamento (CE) n° 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 49), así como la lactoferrina bovina como nuevo ingrediente alimentario con arreglo al Reglamento (CE) n° 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo (FrieslandCampina) (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 52).

También se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo con respecto a la utilización de cera de abeja (E 901), cera de carnauba (E 903), goma laca (E 904) y cera microcristalina (E 905) en determinadas frutas (DOUE L 333, 5.12.2012, p. 34); el mismo anexo II en cuanto a la utilización de dióxido de azufre y de sulfitos (E 220 a 228) y de alginato de propano-1,2-diol (E 405) en bebidas fermentadas a ba-

se de mosto de uva (DOUE L 333, 5.12.2012, p. 37) y a la utilización de los extractos de romero (E 392) en rellenos de pasta seca (DOUE L 333, 5.12.2012, p. 40).

Además se modifica el anexo del Reglamento (UE) n° 37/2010, 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 fenbendazol (DOUE L 336, 8.12.2012, p. 14) y se modifica y corrige el Reglamento (UE) n° 10/2011, sobre materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con alimentos (DOUE L 338, 12.12.2012, p. 11).

En lo que se refiere a etiquetado y presentación productos, se modifica el Reglamento (CE) n° 607/2009 por el que se establecen determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 479/2008 del Consejo en lo que atañe a las denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas, a los términos tradicionales, al etiquetado y a la presentación de determinados productos vitivinícolas (DOUE L 338, 12.12.2012, p. 18).

El sector de los obstáculos técnicos a los intercambios suele ser objeto de regulación o de modificación normativa, y así se modifica, para adaptar sus disposiciones técnicas, la Directiva 86/297/CEE del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a las tomas de fuerza de los tractores y su protección (DOUE L 274, 9.10.2012, p. 24). También se modifican los anexos IV y XII de la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se crea un marco para la homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos (Directiva marco) (DOUE L 353, 21.12.2012, p. 1) y la Directiva 97/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre medidas contra la emisión de gases y partículas contaminantes procedentes de los motores de combustión interna que se instalen en las máquinas móviles no de carretera (DOUE L 353, 21.12.2012, p. 80). Finalmente, se desarrolla el Reglamento (CE) n° 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los requisitos de homologación de tipo relativos a las masas y dimensiones de los vehículos de motor y de sus remolques y por el que se modifica la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 353, 21.12.2012, p. 31).

En cuanto a los aspectos relacionados con la seguridad de los productos, se modifica el Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del

Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH), en lo que respecta a su anexo XVII (cadmio) (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 1), y otras modificaciones (DOUE L 252, 19.09.2012, p. 4; DOUE L 253, 20.09.2012, p. 1; DOUE L 253, 20.09.2012, p. 5). También se modifica, para adaptarlo al progreso técnico, el anexo III de la Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a una exención para aplicaciones que contienen plomo (DOUE L 348, 18.12.2012, p. 16) y el mismo anexo III en lo relativo a una exención para aplicaciones que contienen cadmio (DOUE L 348, 18.12.2012, p. 18).

El mercado interior abarca una amplia variedad de sectores, que siempre suelen ser objeto de alguna nueva normativa, o de la modificación de la regulación existente. Así, se completa el Reglamento (UE) n° 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los requisitos de notificación y publicación relativos a las posiciones cortas netas, la información precisa que se facilitará a la Autoridad Europea de Valores y Mercados en relación con las posiciones cortas netas, y el método de cálculo del efectivo negociado para determinar las acciones exentas (DOUE L 251, 18.09.2012, p. 1), el mismo reglamento se completa sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, en lo que respecta a las definiciones, el cálculo de las posiciones cortas netas, las permutas de cobertura por impago soberano cubiertas, los umbrales de notificación, los umbrales de liquidez para la suspensión de las restricciones, los descensos significativos del valor de instrumentos financieros y los hechos adversos (DOUE L 274, 9.10.2012, p. 1) y sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, en lo que respecta a las normas técnicas reglamentarias aplicables al método de cálculo del descenso del valor de las acciones líquidas y otros instrumentos financieros (DOUE L 274, 9.10.2012, p. 16).

Se adopta un reglamento de ejecución, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los medios de publicación de las posiciones netas en acciones, el formato de la información que deberá facilitarse a la Autoridad Europea de Valores y Mercados en relación con las posiciones cortas netas, los tipos de acuerdos, pactos y medidas destinados a garantizar adecuadamente que las acciones o instrumentos de deuda soberana estén disponibles para liquidación, y las fechas y períodos de referencia para la determinación de la plataforma principal de negociación de una acción, con arreglo al Reglamento (UE) n° 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (DOUE L 251, 18.09.2012, p. 11).

Igualmente se adoptan decisiones relativas al reconocimiento del marco jurídico y de supervisión de Australia (DOUE L 274, 9.10.2012, p. 30), de los Estados Unidos de América (DOUE L 274, 9.10.2012, p. 32) y de Canadá (DOUE L 278, 12.10.2012, p. 17) como equivalente a lo establecido en el Reglamento (CE) n° 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las agencias de calificación crediticia

También se completa el Reglamento (CE) n° 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante normas de procedimiento relativas a la imposición de multas a las agencias de calificación crediticia por parte de la Autoridad Europea de Valores y Mercados, incluidas normas relativas a los derechos de defensa y disposiciones temporales (DOUE L 282, 16.10.2012, p. 23).

Y en relación con el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, se establecen normas técnicas de ejecución relativas al formato y la frecuencia de las notificaciones de operaciones a los registros de operaciones (DOUE L 352, 21.12.2012, p. 20), relativas al formato de las solicitudes de inscripción de los registros de operaciones (DOUE L 352, 21.12.2012, p. 30), y relativas al formato de la información que deben conservar las entidades de contrapartida central, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (DOUE L 352, 21.12.2012, p. 32).

Por último, y de conformidad con la expresa competencia de armonización legislativa, añadida por el Tratado de Lisboa y referida a la creación de títulos europeos para una protección uniforme del derecho de propiedad intelectual e industrial se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, cooperación reforzada en la que no participa España (DOUE L 361, 31.12.2012, p. 1) y se establece otra cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción, en la que tampoco participa España (DOUE L 361, 31.12.2012, p. 89).

#### XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En lo que se refiere a la regulación de las redes transeuropeas, se adopta una

decisión relativa a la armonización de las bandas de frecuencias de 1920-1980 MHz y 2110-2170 MHz para los sistemas terrenales capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 84), y un reglamento de ejecución sobre la venta por separado dentro de la Unión de servicios de itinerancia al por menor regulados (DOUE L 347, 15.12.2012, p. 1), así como una recomendación de la Comisión relativa al procedimiento de notificación previsto en el artículo 22, apartado 3, de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DOUE L 349, 19.12.2012, p. 72).

## XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

En la política medioambiental suele ser frecuente la celebración de tratados internacionales, y la aplicación de normativa internacional. En este sentido se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en relación con las propuestas de enmienda a los anexos II y III del Protocolo sobre las zonas especialmente protegidas y la diversidad biológica en el Mediterráneo del Convenio para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mediterráneo en la decimoséptima reunión de las Partes contratantes (París, Francia, 8-10 de febrero de 2012) (DOUE L 256, 22.09.2012, p. 1).

En cuanto a los aspectos más generales de esta política, se decide la concesión de excepciones a lo dispuesto en el Reglamento (UE) n° 691/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las cuentas económicas europeas medioambientales, en lo que respecta al Reino de España, la República Francesa, la República de Chipre, la República de Malta, la República de Austria y la República de Polonia (DOUE L 308, 8.11.2012, p. 23).

En la regulación sobre residuos se establecen criterios para determinar cuándo el vidrio recuperado deja de ser residuo con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 337, 10.12.2012, p. 31).

En lo que respecta a la regulación relacionada con la emisión de gases y calidad del aire ambiente, se modifican las Decisiones 2010/2/UE y 2011/278/UE en lo que se refiere a los sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono (DOUE L 241, 7.09.2012, p. 52), se determinan los límites cuantitativos y se asignan cuotas de

sustancias reguladas de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2013 (DOUE L 347, 15.12.2012, p. 20) y se establecen el tipo, el formato y la frecuencia de la información que deben comunicar los Estados miembros sobre la aplicación de la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las emisiones industriales (DOUE L 349, 19.12.2012, p. 57).

En lo relacionado con el diseño y etiquetado de productos, se aplica la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos de diseño ecológico aplicables a las secadoras de tambor domésticas (DOUE L 278, 12.10.2012, p. 1), se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los detergentes para lavavajillas automáticos de uso industrial e institucional (DOUE L 326, 24.11.2012, p. 25) y a los detergentes para ropa de uso industrial e institucional (DOUE L 326, 24.11.2012, p. 38) y se aplica la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los requisitos de diseño ecológico aplicables a las lámparas direccionales, a las lámparas LED y a sus equipos (DOUE L 342, 14.12.2012, p. 1).

En lo referido a la protección de aguas, se modifica la Directiva 1999/32/CE del Consejo en lo relativo al contenido de azufre de los combustibles para uso marítimo (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 1).

Y en relación con la protección de la fauna y flora silvestres, se modifica, en lo relativo a ciertos requisitos sobre el comercio de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, el Reglamento (CE) n° 865/2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 338/97 del Consejo (DOUE L 242, 7.09.2012, p. 1), se establecen disposiciones sobre el diseño de los permisos, certificados y otros documentos previstos en 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, y se modifica el Reglamento (CE) n° 865/2006 de la Comisión (DOUE L 242, 7.09.2012, p. 13) y 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 339, 12.12.2012, p. 1).

Por último, en relación con la política medioambiental, y en relación con las energías renovables se adopta una decisión de ejecución sobre el reconocimiento del régimen «Roundtable on Sustainable Palm Oil RED» para demostrar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad de conformidad con las

Directivas 98/70/CE y 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 326, 24.11.2012, p. 53).

En la Política de la Salud, se modifica la Decisión 2002/253/CE, por la que se establecen las definiciones de los casos para comunicar las enfermedades transmisibles a la red comunitaria de conformidad con la Decisión nº 2119/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 262, 27.09.2012, p. 1). También se adopta una directiva por la que se establecen los procedimientos de información para el intercambio entre Estados miembros de órganos humanos destinados al trasplante (DOUE L 275, 10.10.2012, p. 27).

También se modifica la Directiva 2001/83/CE en lo referente a la farmacovigilancia (DOUE L 299, 27.10.2012, p. 1) y el Reglamento (UE) nº 142/2011, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 1069/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano, y la Directiva 97/78/CE del Consejo en cuanto a determinadas muestras y unidades exentas de los controles veterinarios en la frontera en virtud de la misma (DOUE L 314, 14.11.2012, p. 5), así como el Reglamento (UE) nº 142/2011, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 1069/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano, y la Directiva 97/78/CE del Consejo en cuanto a determinadas muestras y unidades exentas de los controles veterinarios en la frontera en virtud de la misma, en lo que se refiere al envío de subproductos animales y productos derivados entre Estados miembros (DOUE L 326, 24.11.2012, p. 3).

Igualmente son objeto de modificación, la Directiva 2006/17/CE en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la realización de pruebas con células y tejidos humanos (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 24) y la Decisión 2004/858/CE, modificada por la Decisión 2008/544/CE, por la que se crea la Agencia Ejecutiva de Sanidad y Consumo, en aplicación del Reglamento (CE) nº 58/2003 del Consejo (DOUE L 331, 1.12.2012, p. 50).

## XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

En la Política de Información se adopta una decisión sobre Eurostat (DOUE L 251, 18.09.2012, p. 49). Se determina la «lista Prodcum» de pro-

ductos industriales correspondiente a 2012 prevista por el Reglamento (CEE) n° 3924/91 del Consejo (DOUE L 276, 10.10.2012, p. 1). También se establecen disposiciones de ejecución de la Decisión n° 1608/2003/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la producción y desarrollo de estadísticas comunitarias en materia de ciencia y tecnología (DOUE L 299, 27.10.2012, p. 18) y se adopta un reglamento relativo a las estadísticas sobre carteras de valores (BCE/2012/24) (DOUE L 305, 1.11.2012, p. 6).

Continuando con la regulación de las estadísticas, se adopta una decisión delegada relativa a las investigaciones y las multas relacionadas con la manipulación de las estadísticas conforme al Reglamento (UE) n° 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro (DOUE L 306, 6.11.2012, p. 21) y se aplican el Reglamento (CE) n° 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS), en lo relativo a la transmisión de las series temporales para el nuevo desglose regional (DOUE L 310, 9.11.2012, p. 34), el Reglamento (CE) n° 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información (DOUE L 321, 20.11.2012, p. 33) y el Reglamento (CE) n° 471/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre estadísticas comunitarias relativas al comercio exterior con terceros países, en lo que concierne a la actualización de la nomenclatura de países y territorios (DOUE L 328, 28.11.2012, p. 7).

En los ámbitos de la educación y cultura, se modifica la Decisión 2009/336/CE, por la que se establece la Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural, encargada de la gestión de la acción comunitaria en materia educativa, audiovisual y cultural de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 58/2003 del Consejo (DOUE L 349, 19.12.2012, p. 68) y se adopta una recomendación por el Consejo, sobre la validación del aprendizaje no formal e informal (DOUE C 398, 22.12.2012, p. 1).

## 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 decide la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Argelina Democrática y Popular sobre cooperación científica y tecnológica (DOUE L 287, 18.10.2012, p. 3) y la renovación del Acuerdo de co-

operación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y la República Federativa de Brasil (DOUE L 287, 18.10.2012, p. 4).

En esta materia también se adopta una decisión sobre la adopción de las normas que aseguran una verificación coherente de la existencia y el régimen jurídico, así como de la capacidad operativa y financiera, de los participantes en acciones indirectas financiadas en forma de subvención con cargo al Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de Acciones de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Demostración y al Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de Acciones de Investigación y Formación en Materia Nuclear (DOUE L 359, 29.12.2012, p. 45).

En lo que respecta a la política de protección intelectual e industrial se decide la posición que ha de adoptar la Unión Europea en el Comité mixto creado en virtud del artículo 11 del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la protección de las indicaciones geográficas de los productos agrícolas y alimenticios, en relación con la adopción del reglamento interno de dicho Comité (DOUE L 266, 2.10.2012, p. 34).

Y se inscriben diversas denominaciones en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas, así Pimiento de Fresno-Benavente (IGP) (DOUE L 275, 10.10.2012, p. 23), Papas Antiguas de Canarias (DOP) (DOUE L 302, 31.10.2012, p. 3), Aceituna Aloreña de Málaga (DOP) (DOUE L 318, 15.11.2012, p. 3), Queso Camerano (DOP) (DOUE L 337, 10.12.2012, p. 13), así como se aprueban modificaciones que no son de menor importancia del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas, Carne de Ávila (IGP) (DOUE L 302, 31.10.2012, p. 5) y Cecina de León (IGP) (DOUE L 338, 12.12.2012, p. 16).

También se modifica el Reglamento (CE) n° 607/2009 por el que se establecen determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 479/2008 del Consejo en lo que atañe a las denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas, a los términos tradicionales, al etiquetado y a la presentación de determinados productos vitivinícolas (DOUE L 338, 12.12.2012, p. 18).

## XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

## XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DE- RECHOS FUNDAMENTALES

En lo que atañe a la Ciudadanía de la Unión, se adopta una decisión relativa al Año Europeo de los Ciudadanos (2013) (DOUE L 325, 23.11.2012, p. 1).

## XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

La celebración de tratados internacionales forma parte indisociable de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Así se decide la firma y la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la Antigua República Yugoslava de Macedonia por el que se crea un marco para la participación de la Antigua República Yugoslava de Macedonia en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea (DOUE L 338, 12.12.2012, p. 1 y 3).

El control de la piratería en el Océano Índico también suele originar decisiones y normativa en esta política de la UE, y así se nombra al Comandante de la Fuerza de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) (DOUE L 332, 4.12.2012, p. 20), al Comandante de la Operación de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) (DOUE L 352, 21.12.2012, p. 46) y se prorroga la Decisión 2010/96/PESC relativa a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas de seguridad somalíes (DOUE L 357, 28.12.2012, p. 13).

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 257, 25.09.2012, p. 1; DOUE L 282, 16.10.2012, p. 9; DOUE L 282, 16.10.2012, p. 50; DOUE L 330, 30.11.2012, p. 9; DOUE L 330, 30.11.2012, p. 21), Somalia (DOUE L 282, 16.10.2012, p. 1; DOUE L 282, 16.10.2012, p. 47), Eritrea (DOUE L 282, 16.10.2012, p. 3; DOUE L 282, 16.10.2012, p. 46), Irán (DOUE L 282, 16.10.2012, p. 16; DOUE L 282, 16.10.2012, p. 58; DOUE L 307, 7.11.2012,

p. 5; DOUE L 307, 7.11.2012, p. 82; DOUE L 318, 15.11.2012, p. 1; DOUE L 356, 22.12.2012, p. 34; DOUE L 356, 22.12.2012, p. 55; DOUE L 356, 22.12.2012, p. 71), Belarús (DOUE L 284, 17.10.2012, p. 1; DOUE L 307, 7.11.2012, p. 1; DOUE L 307, 7.11.2012, p. 7), República de Guinea (DOUE L 299, 27.10.2012, p. 45), República Democrática del Congo (DOUE L 352, 21.12.2012, p. 50), Irak (DOUE L 352, 21.12.2012, p. 54).

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 244, 8.09.2012, p. 5; DOUE L 246, 12.09.2012, p. 1 DOUE L 274, 9.10.2012, p. 20; DOUE L 278, 12.10.2012, p. 11; DOUE L 300, 30.10.2012, p. 43; DOUE L 332, 4.12.2012, p. 12; DOUE L 335, 7.12.2012, p. 40; DOUE L 338, 12.12.2012, p. 23), contra determinadas personas, entidades y organismos que suponen una amenaza para la paz, la seguridad o la estabilidad de la República de Guinea-Bisáu (DOUE L 257, 25.09.2012, p. 20), contra los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova (DOUE L 263, 28.09.2012, p. 44), contra ciertas personas físicas y jurídicas, entidades u organismos dada la situación en Somalia (DOUE L 282, 16.10.2012, p. 6), contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Egipto (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 14; DOUE L 327, 27.11.2012, p. 44), contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Túnez (DOUE L 327, 27.11.2012, p. 16; DOUE L 327, 27.11.2012, p. 45), contra determinadas personas, grupos, empresas y entidades, habida cuenta de la situación en Afganistán (DOUE L 332, 4.12.2012, p. 1; DOUE L 332, 4.12.2012, p. 22; DOUE L 352, 21.12.2012, p. 13; DOUE L 352, 21.12.2012, p. 47), contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo (DOUE L 352, 21.12.2012, p. 42), contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Irán (DOUE L 352, 21.12.2012, p. 15; DOUE L 352, 21.12.2012, p. 49); y dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo (DOUE L 307, 7.11.2012, p. 3; DOUE L 307, 7.11.2012, p. 80; DOUE L 337, 10.12.2012, p. 2; DOUE L 337, 10.12.2012, p. 50; DOUE L 352, 21.12.2012, p. 40).

En cuanto a las Misiones de la UE, se modifica la Decisión 2010/452/PESC, sobre la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (DOUE L 249, 14.09.2012, p.13), se modifica y

prorroga la Decisión 2010/576/PESC relativa a la Misión de Policía de la Unión Europea en el marco de la reforma del sector de la seguridad (RSS) y su interrelación con la justicia en la República Democrática del Congo (EUPOL RD Congo) (DOUE L 257, 25.09.2012, p. 16), se modifica y prorroga la Decisión 2010/565/PESC relativa a la Misión de asesoramiento y asistencia de la Unión Europea en materia de reforma del sector de la seguridad en la República Democrática del Congo (EUSEC RD Congo) (DOUE L 257, 25.09.2012, p. 18).

Se prorrogan los mandatos del Jefe de Misión de la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (DOUE L 257, 25.09.2012, p. 15), del Jefe de Misión de EUPOL RD Congo (DOUE L 264, 29.09.2012, p. 13), del Jefe de la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO (DOUE L 282, 16.10.2012, p. 45). Se nombran, al Jefe de la Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EU BAM Rafah) (DOUE L 264, 29.09.2012, p. 14), al Jefe de la Misión de asesoramiento y asistencia de la Unión Europea en materia de reforma del sector de la seguridad en la República Democrática del Congo (EUSEC RD Congo) (DOUE L 272, 6.10.2012, p. 19), al Jefe de la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO (DOUE L 334, 6.12.2012, p. 46), al Comandante de la Fuerza de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina (DOUE L 333, 5.12.2012, p. 45).

Y se decide la creación de un almacén para las misiones de gestión civil de crisis (DOUE L 314, 14.11.2012, p. 25).

Por último, y en relación con el control de armamento, se adoptan decisiones en apoyo de las actividades destinadas a reducir el riesgo de tráfico ilícito y acumulación excesiva de armas pequeñas y ligeras en la región cubierta por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) (DOUE L 297, 26.10.2012, p. 29), en apoyo de la Unión a las actividades de la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares con objeto de reforzar sus capacidades de observación y verificación, en el marco de la ejecución de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 314, 14.11.2012, p. 27), en apoyo de la aplicación del Plan de Acción de Cartagena 2010-2014, adoptado por los Estados Parte en la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (DOUE L 314, 14.11.2012, p. 40) y dos decisiones, una relativa al respaldo de las actividades de la Unión destinadas a fomentar,

entre terceros países, el control de la exportación de armas y los principios y criterios de la Posición Común 2008/944/PESC (DOUE L 321, 20.11.2012, p. 62) y otra relativa a la Conferencia de Revisión de 2013 de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (CAQ) (DOUE L 321, 20.11.2012, p. 68).

## XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En los ámbitos referidos al espacio de libertad, seguridad y justicia, se decide la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios (DOUE L 255, 21.09.2012, p. 3 y 4) y la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde y de la Unión Europea (DOUE L 288, 19.10.2012, p. 1).

En materia de visados, se fija la fecha en que el Sistema de Información de Visados (VIS) se pondrá en marcha en una tercera región (DOUE L 256, 22.09.2012, p. 21).

En cuanto a la regulación del acervo Schengen, se adopta una decisión relativa a la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen en lo que se refiere al establecimiento de una Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (DOUE L 337, 10.12.2012, p. 48), y se adoptan dos reglamentos sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (refundición) (DOUE L 359, 29.12.2012, p. 21; DOUE L 359, 29.12.2012, p. 32).

La libre circulación de personas, el asilo y los flujos migratorios es también objeto de regulación. Se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 244, 8.09.2012, p. 4).

También se modifica la Decisión 2008/458/CE por la que se establecen las normas de aplicación de la Decisión n° 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno

para el período 2008-2013 como parte del Programa General «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios», en lo que respecta a los sistemas de gestión y control de los Estados miembros, las normas sobre la gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo (DOUE L 326, 24.11.2012, p. 17).

En los ámbitos referidos a la justicia, se modifican los anexos del Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 283, 16.10.2012, p. 1), se adopta una directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE L 315, 14.11.2012, p. 57), y un reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, 20.12.2012, p. 1)

# Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía\*

**Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 192, de 1 de octubre).**

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, amplió las obligaciones de contención del déficit de las Comunidades Autónomas estableciendo, junto a un límite máximo, un crecimiento limitado del gasto público y un objetivo de deuda; medidas acompañadas de un mecanismo sancionador en caso de incumplimiento. En este contexto, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 y el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 6 de marzo, se fijó el objetivo de estabilidad presupuestaria para el año 2012 en el 5,8% del PIB para el conjunto de las Administraciones Públicas. De esta cifra global, corresponde a las Comunidades Autónomas un déficit del 1,5% para este mismo año.

La medida fue especialmente criticada desde Andalucía, cuyo Gobierno entendió que ese objetivo legal de contención dejaba a un lado tanto las circunstancias particulares de la Comunidad Autónoma, como su trayectoria de cumplimiento y su relativamente reducido –en términos comparativos, al menos– nivel de endeudamiento.

En todo caso, el nuevo objetivo de estabilidad presupuestaria requería la adopción de medidas que afectan al Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2012, que son las que aprueba esta Ley, siguiendo las propuestas adoptadas por el Consejo de Gobierno, en su reunión de 15 de mayo de 2012, al aprobar el Plan Económico-Financiero de Reequilibrio 2012-2014, en el que se incorporaban las medidas de recorte del gasto de obligado

---

\* Se comentan en esta sección, elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE, las disposiciones más relevantes aprobadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en el tercer y último segundo cuatrimestre de 2012 (septiembre-diciembre).

cumplimiento para las Comunidades Autónomas y que fue examinada para su aprobación por el del Pleno del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 17 de mayo que las consideró adecuadas a la Ley Orgánica 2/2012 (y, con posterioridad, definitivamente aprobado mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno de Andalucía de 22 de mayo).

Las medidas tributarias de esta Ley están vinculadas, fundamentalmente, a aquellos tributos de tipo progresivo, más directamente relacionados con la capacidad económica de los contribuyentes, como son el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre el Patrimonio. En relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se modifica, con efectos desde el día 1 de enero de 2012, la escala autonómica aplicable a la base liquidable general, lo que supone la sustitución de los actuales tres últimos tramos por dos nuevos tramos en dicha escala, aplicables a los contribuyentes con bases liquidables superiores a 60.000 euros. En relación con el Impuesto sobre el Patrimonio, con efectos de 1 de enero de 2012, se incrementa el tipo de gravamen actual del impuesto, multiplicando por el coeficiente 1,10 cada tramo de la escala. Asimismo, se incrementa el tipo general de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Respecto de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, se establecen nuevas cuotas fijas para el caso de máquinas recreativas tipo «B» o recreativas con premio y tipo «C» o de azar. Por último, en relación con el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, se establecen nuevos tipos de gravamen autonómicos, dentro de los límites legalmente establecidos.

Con respecto a las medidas en materia de personal en el sector público, recogidas en el Capítulo III, se reducen las retribuciones de los altos cargos y personal de alta dirección de las entidades instrumentales y consorcios, así como del personal funcionario y laboral de todo el sector público andaluz. Algunas de las medidas adoptadas en materia de personal tienen como objeto la armonización de las condiciones de trabajo de los empleados de las entidades instrumentales y consorcios con los de la Administración General de la Junta de Andalucía, tanto en el ámbito retributivo como respecto a las vacaciones y permisos.

Con respecto a la jornada laboral del personal del sector público andaluz, se establece una jornada ordinaria de trabajo de treinta y siete horas y media semanales en cómputo anual. En relación con la jornada del personal docente no universitario, se aplica la medida establecida en el Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto pú-

blico en el ámbito educativo. Asimismo, se modifican las vacaciones y los permisos del personal funcionario y laboral del sector público andaluz y de los consorcios. Por último, se adoptan medidas relativas a la jubilación anticipada, acción social, sustituciones del profesorado, oferta de empleo público, crédito horario de los representantes sindicales y ayudas a organizaciones sindicales.

En el Capítulo IV, dedicado a las medidas en materia de Hacienda pública, se modifica el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, incorporándose una limitación en la adquisición de compromisos por parte de las agencias públicas empresariales y sociedades mercantiles sujetas a control financiero permanente. Se atribuye el control del cumplimiento de dicho límite a la Intervención General de la Junta de Andalucía, que se realizará en la forma que este mismo órgano acuerde.

La Ley contiene también ocho disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. Entre estas últimas, las dos primeras introducen sendas modificaciones en la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de Andalucía, y en la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz.

**Ley 4/2012, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en determinados aspectos de la organización territorial (BOJA núm. 192, del 1 de octubre).**

Esta Ley es complementaria de la anterior, puesto que aplica la política de contención de gasto en el plano organizativo y como consecuencia también del Plan Económico-Financiero de Reequilibrio 2012-2014 aprobado por el Gobierno andaluz, que aludía a la reforma de la organización administrativa periférica de la Junta de Andalucía. El principal objetivo de la misma es la reordenación y simplificación de la estructura periférica de la Administración andaluza. La clasificación orgánica establecida en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía diferencia los órganos superiores, que son las Consejerías, de los órganos directivos, tanto centrales como periféricos, siendo estos últimos la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía y la Delegación Provincial de la Consejería. Esta modificación normativa introduce, junto a las Delegaciones Provinciales de las Consejerías, la posibilidad de que existan Delegaciones Territoriales, como órganos que agrupan, en el caso en que se establezcan, las funciones de varias Consejerías dentro de un mismo ámbito provincial.

**Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a ex-trabajadores y ex-trabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis (BOJA Núm. 204, de 18 de octubre).**

Este Decreto-ley pretende dar respuesta a tres proposiciones no de ley aprobadas por el Parlamento de Andalucía el 4 de octubre relativas a la financiación pública de las ayudas comprometidas hasta la fecha por el Gobierno andaluz para los colectivos afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis. La medida afecta a unos 1.400 ex trabajadores de las empresas Grupo Santana, Astilleros de Sevilla, Delphi y Boliden, así como a los afectados por la liquidación de la compañía aseguradora APRA Leven, que se encargaba de gestionar las prestaciones en 18 empresas de la comunidad autónoma.

El pago directo por parte de la Administración autonómica que prevé el Decreto-ley comprende un gasto de 224,9 millones de euros, y un ahorro de 7,5 millones de euros derivado de eliminar comisiones de intermediación de las aseguradoras.

La norma articula dos clases de ayudas: extraordinarias y previas a la jubilación. Las primeras tienen cuantías a tanto alzado y se abonan por una sola vez, conforme a lo establecido en los acuerdos de acompañamiento de los procesos de reestructuración empresarial. Las segundas consisten en una prestación económica periódica hasta la edad de jubilación ordinaria y son incompatibles con cualquier otra prestación pública. Esta incompatibilidad se extiende también a cualquier ingreso de trabajo por cuenta propia o ajena si, sumado a la ayuda, supera 1,5 veces el Salario Mínimo Interprofesional (SMI).

Las ayudas previas a la jubilación se revisarán anualmente en el mismo porcentaje que las pensiones contributivas de la Seguridad Social, con un incremento máximo del 2%. Además, no podrán superar la pensión máxima del régimen general de la Seguridad Social. Los beneficiarios deberán estar dados de alta como demandantes de trabajo y participar en acciones de políticas activas de empleo, principalmente de tipo formativo.

En cuanto al procedimiento de concesión, las ayudas de prejubilación en las que la Junta financia la prima de los contratos serán novadas bajo una serie de condiciones que dan mayor seguridad a los trabajadores e impiden la existencia de gastos de intermediación o comisiones. Las resoluciones de reconoci-

miento del derecho a las ayudas, así como sus modificaciones, estarán sometidas al trámite de fiscalización previa y la justificación se producirá durante el primer trimestre de cada año.

Además del cumplimiento de la edad de jubilación, también serán causa de extinción de la prestación el fallecimiento o renuncia del beneficiario, el incumplimiento de las obligaciones de justificación y colaboración y la omisión del requisito de inscripción como demandante de empleo.

De igual modo, la ayuda se suspenderá si el perceptor incumple la obligación de declaración, si lo hace fuera de plazo o si obtiene ingresos que den lugar a incompatibilidad. En estos casos, y también en el de falseamiento de las condiciones para su obtención, la Administración solicitará el reintegro de la cuantía de la prestación y aplicará las correspondientes medidas sancionadoras.

Junto con la regulación de las ayudas sociolaborales, el Decreto-ley incluye dos disposiciones finales relativas a la renovación de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorro y a la presidencia del Consejo Económico y Social. La primera de estas disposiciones establece la suspensión de los procesos de renovación parcial de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros andaluzas. En cuanto al Consejo Económico y Social, el Decreto-ley posibilita la inmediata asunción de su presidencia por otro alto cargo de la Administración autonómica, para lo que se modifica el régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo.

### **Reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía, de modificación del artículo 125 (BOJA núm. 213, de 30 de octubre).**

El Pleno del Parlamento de Andalucía, el día 11 de octubre de 2012, en el transcurso de la sesión celebrada los días 10 y 11 del mismo, aprobó de conformidad con lo dispuesto en los artículos 124 y 136 y en la disposición adicional primera del Reglamento de la Cámara, la Reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía para fortalecer la iniciativa legislativa popular como resultado de la Ley 8/2011, de 5 de diciembre, modificó la Ley 5/1988, de 17 de octubre, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos y en los términos vaticinados por la disposición final primera de dicha Ley 8/2011, según la cual «Las modificaciones realizadas en la presente Ley que afecten a la composición y funcionamiento del Parlamento de Andalucía darán lugar a la adecuación normativa del Reglamento de la Cámara. En particular se deter-

minará el procedimiento para articular la participación de las personas promotoras de las iniciativas legislativas populares en la presentación y defensa en el Pleno de la Cámara y en el seguimiento de los debates, en la forma que reglamentariamente se establezca, para que resulte equivalente a la de diputados y diputadas en las proposiciones de ley, así como su participación en la oportuna Comisión parlamentaria».

**Decreto 522/2012, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 175/1992, de 29 de septiembre, sobre materia retributiva y condiciones de trabajo del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud (BOJA núm. 229, de 22 de noviembre).**

La principal medida de esta disposición es la ampliación de la jornada laboral del personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud de 35 a 37,5 horas semanales, lo que supone repercutir en este ámbito lo previsto con carácter general por la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012 con carácter de legislación básica en materia de empleo público (disposición adicional septuagésima primera). El Decreto aplica de forma lineal ese incremento, estableciendo una jornada ordinaria máxima de 1.645 horas para el turno diurno, 1.470 para el fijo nocturno y 1.530 para el rotatorio. La jornada ordinaria se reducirá además proporcionalmente en función de los periodos de permisos no retribuidos que pueda disfrutar cada profesional a lo largo del año. Por su parte, los periodos de incapacidad temporal y los permisos y licencias retribuidos que no hayan incidido en el cálculo de la jornada anual serán neutros para el cómputo.

La entrada en vigor de esta norma, unida a las que han contemplado los recortes económicos del sector público, ha motivado la reacción de un colectivo de empleados públicos especialmente descontentos con la gestión del servicio en el que desarrollan su actividad, lo que ha llevado a un conjunto de protestas generalizadas y de huelgas selectivas en el sector que se aplican desde principios de 2013 en diversos hospitales andaluces de forma rotatoria.

**Decreto-Ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía (BOJA núm. 233, de 28 de noviembre).**

Esta reforma de la LOUA se dirige, en esencia, a adecuar la planificación

urbanística de los Ayuntamientos las exigencias de sostenibilidad fijadas por el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía (POTA) en el ámbito litoral.

Como principal novedad, la norma dispone la elaboración del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, que permitirá proteger los espacios no urbanizados y evitar el deterioro del paisaje y la pérdida de ecosistemas valiosos, así como incrementar la calidad de la franja costera. Este espacio, que ocupa un 15% de la superficie de Andalucía y acoge al 40% de su población, es un activo de primer orden para la competitividad turística y para las principales actividades económicas de la región.

El Plan de Protección quiere garantizar las previsiones del POTA, que limita los crecimientos urbanísticos de los municipios en máximos del 30% de la población y en un 40% del territorio. En esta línea, establecerá los objetivos y criterios a los que habrá de atenerse el planeamiento urbano para la conservación y la revalorización de la franja comprendida en esos primeros 500 metros, así como en todas aquellas zonas necesarias para garantizar el cumplimiento de las finalidades de protección (excluyendo las contiguas a las márgenes de los ríos).

El futuro Plan será vinculante tanto para el planeamiento urbanístico municipal como para los planes de ordenación del territorio de ámbito subregional. Asimismo, permitirá adoptar decisiones tanto en los suelos urbanizables como en los no urbanizables, adecuándolos a las condiciones de sostenibilidad establecidas en la legislación y en la planificación autonómica.

Para garantizar la efectividad del Plan durante su elaboración, el Decreto-ley suspende cautelarmente la tramitación de todos los suelos urbanizables no desarrollados de aquellos municipios litorales no adaptados al POTA. Esta suspensión, de carácter inmediato, afectará a 52 municipios costeros y estará en vigor hasta que el Plan se someta al trámite de información pública. Posteriormente, y hasta su aprobación definitiva en un plazo de dos años, la medida cautelar se mantendrá sólo en los terrenos identificados expresamente en el documento.

El objetivo principal del Decreto-ley es frenar previsiones de crecimiento elaboradas hace años (fundamentalmente en las décadas de los 80 y 90) y no acordes con las exigencias actuales. Durante las últimas cinco décadas, la intensa actividad económica ha dado lugar a que ya se encuentren ocupados casi el 40% de los terrenos situados en los primeros 500 metros de costa, frente al 7% de mediados del siglo pasado.

Junto a lo anterior, el Decreto-ley introduce diversas medidas para incentivar y acelerar la adecuación de los planes urbanísticos municipales al POTA; pues transcurridos seis años desde su aprobación, actualmente tan sólo el 11% de los ayuntamientos andaluces han culminado este proceso. Con esta finalidad, el Decreto-ley establece que la adaptación debe realizarse a través de la revisión las normas de planeamiento municipal en los plazos fijados por las mismas, o en ocho años desde su entrada en vigor en los casos en que no se haya establecido. La falta de adaptación conllevará la imposibilidad de aprobar instrumentos de desarrollo que supongan crecimientos urbanísticos por encima de los límites regulados en el POTA.

Por último, El Decreto-ley modifica diversas normas con el objetivo de agilizar la tramitación de los procesos de planeamiento urbano y facilitar la coordinación entre las administraciones. En el primero de estos aspectos destaca el establecimiento de un plazo único de tres meses, frente a los 1-6 actuales, para la emisión de los informes preceptivos sectoriales por parte de la Administración autonómica. Respecto a la mejora de la coordinación, el Decreto-ley acelera la puesta en funcionamiento del órgano colegiado que actuará en cada provincia como “ventanilla única” para facilitar a los ayuntamientos la tramitación de estos informes sectoriales, que hasta ahora han emitido por separado las diferentes consejerías de la Junta.

### **Ley 5/2012, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013 (BOJA núm. 254, de 31 de diciembre).**

La revisión a la baja de las previsiones de crecimiento aseguran la continuidad de la recesión durante 2013, con tasas de variación del PIB que en algunos casos se acercan al -2%, y un nuevo incremento de la tasa de paro. Andalucía participa de este difícil escenario, lo que tiene su lógica consecuencia en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 2013, en el marco derivado de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuya aplicación obliga a Andalucía a realizar ajustes adicionales para reducir el déficit hasta el objetivo del 0,7% del PIB desde el 1,1% establecido por la normativa anterior.

El enfoque bajo el que se ha elaborado el Presupuesto de 2013 ha sido el de hacer compatible la cobertura de las prioridades que se marca el Gobierno de la Comunidad Autónoma con un escenario financiero muy restrictivo en el que los recursos se reducen de nuevo respecto a 2012. En este contexto, es necesari-

rio destacar el descenso en más del 50% del importe de las transferencias finalistas procedentes de la Administración central, así como el del Fondo de Compensación Interterritorial. Tanto es así, que en 2013 el esfuerzo presupuestario destinado al fomento económico y la creación de empleo encuentra un soporte fundamental en los fondos europeos. Limitada la capacidad inversora autónoma de nuestra Comunidad, los fondos de la Unión Europea complementarán los recursos propios, haciendo posible que la formación bruta de capital presupuestaria se mantenga por encima del 2<sup>o</sup> del PIB.

En este pobre panorama de gasto público debe destacarse el soporte presupuestario a la puesta en marcha del Plan de Choque por el Empleo en Andalucía a través de actuaciones en cuatro áreas: adecuación de caminos rurales, rehabilitación de viviendas, mejora de las infraestructuras educativas y reforestación y mejora del medio natural. Asimismo, continúa el apoyo al sector turístico a través de las campañas de promoción. De igual modo se atenderá al aumento de la competitividad del sector agrícola y forestal, al apoyo al sector pesquero y a la mejora en los recursos hídricos.

Por otra parte, la educación sigue siendo el máximo exponente del compromiso social de Andalucía a largo plazo. Por esta razón, la educación concentrará buena parte de los esfuerzos presupuestarios en 2013, con especial atención a la política de becas, donde se prevé un incremento en la dotación de las becas 6000 o la permanencia de las becas Andalucía Segunda Oportunidad. Aumentará la dotación destinada a los centros de atención socioeducativa y se mantendrán la gratuidad de los libros de texto, el Plan de Apertura de Centros y el transporte escolar. Por último, el programa presupuestario de Universidades mantendrá su peso dentro de la política de educación.

Otro de los objetivos prioritarios del Presupuesto de 2013 es el sostenimiento de una red pública de calidad de servicios públicos fundamentales como garantía de equidad y cohesión social.

En 2013 se mantendrán las prestaciones sanitarias, se impulsará la subasta de medicamentos y continuará el desarrollo e implementación de las plataformas provinciales de logística integral, mediante las cuales la ejecución de los diferentes contratos es centralizada; se unifican las compras, el almacenaje y distribución para todos los órganos gestores, y se unifican los recursos humanos de los departamentos de contratación administrativa, de compras, de facturación y de almacén y distribución de los diferentes órganos gestores.

Continuará, igualmente, el desarrollo de la Ley de Dependencia, y el pro-

grama de solidaridad social recibirá un destacado impulso, que se acompaña con una subida del complemento autonómico de las pensiones del 2%.

En el presupuesto se mantiene, además, la dotación de otras partidas de gasto social, como son las destinadas a la garantía de asistencia jurídica gratuita o la protección de las mujeres víctimas de violencia de género.

Es de destacar también el mantenimiento del apoyo público a la movilidad, mediante la subvención de las tarifas del transporte público urbano. En 2013, además del metro de Sevilla, entrará en servicio el tranvía de la Bahía de Cádiz; en ambos casos, los billetes estarán subvencionados por la Junta de Andalucía. Permanecerá el sostenimiento de la ruta aérea entre Almería y Sevilla y de los consorcios de transporte, y continuarán las obras de los metros de Granada y Málaga.

Además, señalar que se mantiene la cooperación con las Corporaciones Locales andaluzas, en particular, con la dotación de los fondos por participación en los tributos de la Comunidad Autónoma.

### **Decreto 537/2012, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 67/2008, de 26 de febrero (BOJA núm. 254, de 31 de diciembre).**

Desde 1997, año en que recibió las competencias en la materia, la Administración autonómica ha destinado 334 millones de euros al Programa de Asistencia Jurídica Gratuita, cuyo objetivo es garantizar la defensa ante los Tribunales de las personas que no disponen de recursos económicos. El presupuesto autonómico para este servicio, que incluye turnos de oficio de defensa gratuita y asistencias al detenido en las guardias, se ha multiplicado por diez: de los 4,7 millones de euros de 1997 a los 44 del actual ejercicio, partida que se mantendrá en las cuentas andaluzas para 2013.

Esta modificación parcial del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita tiene por objetivo garantizar el mantenimiento de este servicio y agilizar y regularizar los pagos a los abogados y procuradores encargados de su prestación.

Uno de los cambios más reseñables consiste en fijar en un máximo del 5% la cantidad que la Administración autonómica asume en los gastos de funcionamiento de los colegios de abogados y procuradores para hacer efectivo el ser-

vicio. El consiguiente ahorro, que se prevé cercano a los dos millones de euros en 2013, permitirá asumir el crecimiento del número de asistencias y de beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita en Andalucía, que en 2011 se cifraba ya en 330.000 personas.

Para agilizar las compensaciones económicas a los profesionales y mejorar las garantías en los procedimientos de justificación, la modificación normativa establece un sistema de pagos regulares y trimestrales, frente a la actual fórmula de abonar en dos plazos anuales (un 75% al principio de cada ejercicio y el 25% restante antes de que finalice). Este sistema trimestral también se aplicará en las justificaciones y pagos para los turnos de guardia y gastos de funcionamiento de los colegios.

Todas las certificaciones para justificar los servicios prestados deberán aportarse a la Consejería a través de los Consejos Andaluces de Colegios de Abogados y Procuradores dentro del mes natural siguiente a la finalización de cada trimestre, de manera que la Administración andaluza pueda verificar y agilizar los abonos.

La reforma del reglamento incluye, por último, una reducción de diez a seis en el número de personas integrantes de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, que son los órganos de ámbito provincial encargados de resolver quiénes son los beneficiarios del servicio. Además, se suprimen las compensaciones económicas por asistencia a las reuniones.



## Otras disposiciones de interés para la Comunidad Autónoma

### **Acuerdo de 9 de octubre de 2012, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Establecimientos Comerciales. Boletín número 218 de 07/11/2012.**

El Plan de Establecimientos Comerciales es un instrumento que tiene naturaleza territorial y la consideración de Plan con Incidencia en la Ordenación del Territorio, a los efectos previstos en la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y está sometido a la evaluación ambiental establecida por la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental.

Este Plan tiene como función principal servir de referencia al planeamiento urbanístico, que es el que debe planificar todos los usos en su ámbito, incluido el uso pormenorizado de gran superficie minorista, de acuerdo con los criterios fijados por el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, para que se pueda prever el tamaño de los viales, las necesidades de infraestructuras y la dotación de servicios previstos, sobre todo, por las estimaciones de flujo motorizado.

Esta función se realiza mediante la identificación de ámbitos aptos, que no tienen carácter obligatorio, sino preferente, para los municipios a los que, dentro de su planificación urbanística y utilizando los instrumentos urbanísticos adecuados, les corresponda proponer las ubicaciones más eficientes.

### **Decreto 525/2012, de 27 de noviembre, por el que se crea y regula el Consejo Andaluz de Protección de Animales de Compañía. Boletín número 241 de 11/12/2012.**

El Consejo es un órgano colegiado permanente de participación administrativa. tiene como principal finalidad promover la colaboración entre la Administración de la Junta de Andalucía y los municipios andaluces, para el de-

sarrollo de una eficaz gestión de todas las actuaciones de las mismas en dicha materia. Se rige por las disposiciones relativas a los órganos colegiados previstas en la legislación básica del Estado, por las disposiciones contenidas en la sección 1.º del capítulo II del título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y por lo previsto en el presente Decreto.

NOTICIAS DE LA  
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA



# INFORME<sup>1</sup>

## Una nueva figura en la planificación territorial de Andalucía: el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía

### I. INTRODUCCIÓN: EL PLAN DE PROTECCIÓN DEL CORREDOR LITORAL EN EL CONJUNTO DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL DE ANDALUCÍA.

Sin duda una de las novedades más relevantes en el panorama legislativo de nuestra Comunidad Autónoma en 2012, año electoral y, por tanto, de producción legislativa inferior a la normal, ha sido el *Decreto-Ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía*, publicado en el boletín número 233, de 28/11/2012, convalidado por el Pleno del Parlamento, el 12 de diciembre. En dicha sesión la mayoría rechazó la solicitud de tramitación como proyecto de ley instada por el Grupo Parlamentario Popular. Sin perjuicio de la importancia de lo demás, en este comentario me voy a ceñir a la regulación de esa nueva figura de planeamiento territorial que es el plan de protección del corredor litoral de Andalucía. Antes que nada, es importante felicitar por este hecho, cuyo acierto no debe quedar menoscabado por una crítica evidente: no parece que sea absolutamente necesario. Si así fuera, no se comprende que se haya demorado treinta años desde que se inició el periodo de autogobierno. En efecto, ¿Cómo es posible que ante mil kilómetros de litoral de Andalucía, sometidos a continua agresión y erosión –al margen, naturalmente, de la geológica– este instrumento no haga su aparición en nuestro ordenamiento sino hasta seis años después del Plan de Ordenación Territorial de Andalucía que no ha sido una realidad hasta 2006, es decir, doce años después de la publicación de la ley de ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma en 1994? Que es difícil poner en pie este ti-

---

<sup>1</sup> Esta Sección ha sido elaborada bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

po de planes lo entiende cualquiera, pero, en términos absolutos al menos, los plazos que acabo de mencionar son casi terroríficos. Pero nunca es tarde, si la dicha es buena y no hay duda de que es una buena noticia que se pueda contar con un instrumento que ponga en valor y proteja una riqueza tan sensible como la que se ubica en las zonas litorales. Que después vaya o no a ser así depende de qué plan se haga. Sentado esto, la cuestión que cualquier persona residente en Andalucía y con un mínimo de información se pregunta es ¿Por qué ahora y de esta manera? Nuestra Comunidad Autónoma tiene los mismos kilómetros de costa que hace treinta años y en este periodo se ha aprobado una ley de ordenación del territorio, un plan de ordenación territorial de Andalucía, varios planes de ordenación de ámbito subregional y algunos de ellos expresamente centrados en el litoral y en otro orden de cosas, desde que se inició el régimen autonómico con mayor o menor comodidad viene siendo gobernada por la misma formación política, sin perjuicio de ayudas o coaliciones. Obviamente, la atención al litoral no ha faltado, otra cosa puede ser –no es mi intención juzgarlo– cual haya sido la calidad de esa atención y, en consecuencia, su resultado.

Que el instrumento de planeamiento que se crea ahora no es impertinente lo demuestra el que la preocupación por el litoral ha sido una constante del Gobierno de Andalucía, pues desde 1990 existen unas *Directrices Regionales del Litoral en Andalucía*, con independencia de cual haya sido su aplicación real, que no podía estar ausente a la hora de llevar a cabo el planeamiento previsto en la Ley 1/1994, de 11 de enero, de ordenación del territorio de Andalucía (LOTA). Forzosamente el litoral está también presente en el plan de ordenación territorial de nuestra Comunidad Autónoma, el POTA, en cuyo desarrollo se prevé el programa regional de ordenación del litoral, que no he visto cumplimentado, y planes subregionales en cuyo contenido no ha podido faltar la protección del litoral. Llama poderosamente la atención que ni en la exposición de motivos del decreto-ley ni en el debate parlamentario acerca de la convalidación del mismo, se haya aludido a estos instrumentos para poner de manifiesto las carencias o insuficiencias de los mismos, que justifiquen o hagan aconsejable la innovación que se realiza, sobre todo si se comparan los contenidos del que se crea y el mencionado programa de ordenación del litoral, así como la urgencia de su tramitación y que se cerrasen las puertas a una eventual mejora mediante la tramitación del decreto ley como proyecto de ley<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup>Puede verse un amplio listado de documentos de ordenación territorial de Andalucía lógicamente ya superado [http://www.magrama.gob.es/es/desarrollo-rural/planes-y-estrategias/informacion-territorial/09047122800d250b\\_tcm7-25287.pdf](http://www.magrama.gob.es/es/desarrollo-rural/planes-y-estrategias/informacion-territorial/09047122800d250b_tcm7-25287.pdf) (15 de enero de 2013).

Aunque se echa de menos la justificación a que aludo, no dudo en que con este nuevo instrumento se mejora el texto de la ley de ordenación del territorio, se le da complitud al mencionar expresamente un instrumento ya implícito en el POTA y ¿que duda cabe? se subraya y realza la importancia del litoral. Conviene destacar a este respecto que la reforma se cuida de ubicar jerárquicamente la nueva figura por encima de los planes de ordenación territoriales de ámbito subregional: *El Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía será vinculante para los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional* (art. 22. 1 LOTA) a los que, por otra parte, se equipara en cuanto a documentación y efectos. Esta identificación de efectos hace que sea aplicable el art. 23. 1 LOTA por lo que su vinculación se extiende también a los planes con incidencia territorial y al planeamiento urbanístico.

De esta manera, se obvia un efecto colateral no querido que automáticamente habría de producirse en el momento en que las normas de planeamiento litoral ubicadas hasta ahora en el POTA a través del programa regional de ordenación del litoral, instrumento para el desarrollo coordinado de aquél, adquiriesen consistencia propia en una nueva figura de planeamiento: perderían la supremacía jerárquica que les proporcionaba su inclusión en aquél y devenirían del mismo rango que los restantes planes territoriales. En ese aspecto conviene advertir que la previsión contenida en el art. 43.2 introducido en la LOTA por el decreto-ley puede generar alguna confusión. Dice al respecto que el plan de que tratamos debe contener las *determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, de los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio y del planeamiento urbanístico que deban ser objeto de adaptación, justificando las alteraciones propuestas para los mismos* (art. 43.2).

No hay duda de que el contenido de la determinación es en si razonable y, dado que existen algunos planes que afectan al litoral, será útil determinar que contenidos de los actualmente vigentes se van modificar. Sin embargo, puede convertirse en arma de doble filo, pues ese efecto modificativo lo posee el plan de protección del litoral respecto de todos los planes anteriores que se hayan aprobado por decreto, se diga o no expresamente, siempre que exista incompatibilidad o contradicción entre el contenido del antiguo y el del posterior. Con más razón si se añade la superioridad jerárquica que he destacado respecto de los demás planes subregionales o con incidencia territorial. A partir de ahí cabe plantear ¿que ocurre con las contradicciones o incompatibilidades no previstas? Parece que la solución mas correcta es la prevalencia del plan de protección del corredor, pero en ese caso, el propio plan estaría vulnerando la ley en la determinación señalada, ya que se introduciría una modificación sin la preceptiva motivación, requisito que, por lo de-

más no se exige para la modificación de una norma por otra posterior del mismo rango o superior.

Es oportuno también señalar que la ubicación jerárquica del plan de protección del corredor litoral supraordenado a los planes de ordenación de territorio subregionales y las consecuencias derivadas de la equiparación de sus efectos a que he hecho alusión con anterioridad, debería traducirse desde la perspectiva formal de alguna manera, pues así nos encontramos con el inusual fenómeno de un decreto de contenido normativo que no puede ser modificado por norma del mismo rango. Esta situación puede expresar un deseo conservacionista y proteccionista muy laudable, pero parece poco práctico que el Consejo de Gobierno no pueda modificar un decreto propio (plan de protección del corredor litoral) mediante otro decreto posterior dictado por el mismo que apruebe un plan de ordenación del territorio de ámbito subregional, al tiempo que se afirma que *contendrá la documentación y producirá los demás efectos establecidos en esta Ley para dichos planes*.

De lo apuntado se desprende que al margen de la urgencia para justificar el decreto-ley, se ha incurrido en cierta precipitación. No hay duda de que estamos ante una excelente idea, un plan de protección, supongo que integral, del litoral —sinceramente, lo del corredor, no se a que viene, pues entiendo que de lo que se trata es de proteger el litoral mismo, expresión que alude a franja de terreno— aunque no debe pasarse por alto que, como todo, puede tener también sus inconvenientes, pues introduce un nuevo elemento que, aunque subordinado al POTA, es susceptible de producir incoherencias en cuanto tenga una cierta sustantividad respecto de aquél, por muy subordinado que le esté. Entiendo que ha sido un error prescindir del sosiego y la calma del procedimiento legislativo que hubiera permitido limar estos detalles y otros que, sin duda, puede contener el decreto-ley, sobre todo teniendo en cuenta que con ello no se afectaba a su vigencia inmediata.

## II. CONSIDERACIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS DEL PLAN DE PROTECCIÓN DEL CORREDOR DEL LITORAL: CONTENIDO Y PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN.

El decreto-ley añade un nuevo título, el VII, a la LOTA, que regula el plan de que tratamos. Sustancialmente este título se refiere al contenido del plan y al procedimiento de aprobación. En relación con lo primero se asigna al nuevo instrumento de planeamiento los siguientes contenidos:

a) *Los objetivos territoriales a alcanzar y las propuestas a desarrollar durante la vigencia del Plan.*

b) *La delimitación concreta del ámbito territorial del Plan y de la Zona de Influencia del Litoral.*

c) *La indicación de zonas que por motivos territoriales o de protección deben ser preservadas del desarrollo urbanístico.*

d) *Las determinaciones precisas para garantizar un régimen homogéneo para las diferentes categorías de suelo no urbanizable de todo el ámbito del Plan.*

e) *El establecimiento de corredores o ámbitos de conexión del sistema costero con el interior territorial.*

f) *Las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, de los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio y del planeamiento urbanístico que deban ser objeto de adaptación, justificando las alteraciones propuestas para los mismos.*

g) *Las previsiones para el desarrollo, seguimiento y ejecución del Plan.*

No creo exagerar si afirmo que son determinaciones en blanco en las que la ley no impone ningún condicionamiento a la libertad del planificador. En este sentido cabe destacar que, salvo en lo referente a la extensión mínima del denominado corredor —*incluirá al menos los primeros 500 m de la Zona de Influencia del Litoral, y aquellas otras zonas necesarias para alcanzar los objetivos de protección y accesibilidad del sistema costero, de los municipios que se relacionan en el Anexo I-*, no se establece ningún tipo de estándar o pauta para la labor ordenadora del plan. Quizá desde la perspectiva de la seguridad jurídica y teniendo en cuenta la experiencia adquirida en estos años de desarrollo del POTA y de los planes subregionales afectantes al litoral hubiera sido aconsejable desde el momento legislativo establecer algunas de las pautas o estándares a que me refiero, que se consideren necesarios. Tal como se ha redactado la norma y dado su carácter de decreto-ley, es lógico que haya despertado recelos, que más allá de la exageración derivada de la dinámica política se hubieran podido disipar o minimizar. Sobre todo si tenemos en cuenta que el plan puede tener contenidos de aplicación directa como se desprende de la equiparación de sus efectos a los de los planes subregionales en conexión con lo previsto en el art.23. 4 LOTA (*Las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional que sean de aplicación directa prevalecerán desde su entrada en vigor sobre las determinaciones de los pla-*

nes citados en el apartado 1 de este artículo anteriormente aprobados), es decir los planes con incidencia territorial y la planificación urbanística.

Por otro lado, si se compara este precepto con el art. 11 de la LOTA, que regula el contenido de los planes de ámbito subregional se advierte una clara similitud solo explicable porque el nuevo plan en el fondo no es sino una variedad de aquellos, como efectivamente es el litoral –o el corredor litoral, si se prefiere– respecto del territorio andaluz, una parte, obviamente con peculiaridades, aunque no demasiado diferentes de otras de otros ámbitos territoriales que también son objeto de protección especial.

Del procedimiento de elaboración y aprobación del plan se ocupa el art. 44 LOTA:

*1. El Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía se formulará por Acuerdo del Consejo de Gobierno a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de ordenación del territorio.*

*2. Redactado el Plan se someterá, por un plazo no inferior a dos meses, a información pública y audiencia a las Administraciones y Entidades Públicas afectadas en razón de su competencia así como a las Corporaciones Locales que tengan todo o parte de su territorio incluido en el ámbito del Plan.*

*3. El Plan será aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno, dando cuenta al Parlamento de Andalucía y publicándose en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía para su efectividad.*

*4. La revisión y modificación del Plan se adecuará a lo establecido al efecto en esta Ley para los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional. En todo caso, procederá la revisión cuando se alteren los objetivos del Plan y en los supuestos previstos por el mismo.»*

El paralelismo con el diseño del procedimiento regulado en el art. 13 LOTA es obvio, si acaso es observable una debilitación del papel que se le asigna a las Corporaciones locales. Cabe destacar como detalle que llama la atención que, al referirse a la publicación en el BOJA, se indique que esta publicación es *para su efectividad*, la del plan. Es cierto que con ello no se hace sino seguir la corriente a otros artículos (8.5 y 13.6 LOTA) que utilizan esa misma expresión *efectividad*. Lo mismo con ello no se pretende otra cosa que introducir un cierto grado de indeterminación para no pronunciarse sobre el carácter normativo o ejecutivo de estos planes, optándose por una incorrección técnica claramente

ambigua: efectividad, esto es, ni validez que sería lo correcto, si consideramos normas a los planes, ni eficacia, si optamos por su calificación como simples actos administrativos generales. Desde luego, la palabra *efectividad*, de legítimo uso por el legislador y en este caso por el Gobierno, en su lugar, no tiene un significado técnico preciso en el ámbito del Derecho administrativo y señaladamente en materia de régimen de los reglamentos ni de los actos administrativos, pero mantiene la indeterminación. Desde mi humilde punto de vista de profesor de Derecho administrativo, asumo el riesgo de error y, con las matizaciones y peculiaridades que se quiera, me atrevo a calificar estos planes de normas de carácter reglamentario. Pero si no se comparte mi opinión, cosa perfectamente razonable, sugiero que se hable de eficacia y se evite el horrible término *efectividad*, pues posiblemente para ello sería preferible que se publicaran en cualquier periódico de mediana tirada, si los admiten.

A la vista de lo que venimos diciendo, no hay que ser muy sagaz para comprender que la urgencia del decreto-ley se justifica, al menos en parte, con lo previsto en el art. 2: *Adopción de medidas cautelares urgentes en el ámbito del litoral*.

En efecto, su apartado primero es contundente y despliega un efecto clarísimo:

*Desde la entrada en vigor del presente Decreto-ley y hasta tanto se apruebe el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, en los municipios costeros que se relacionan en el Anexo, cuyo planeamiento general ha sido aprobado con anterioridad a la entrada en vigor del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, se suspende el procedimiento para la aprobación de los planes de sectorización y de los planes parciales en suelo urbanizable en los ámbitos que incluyan terrenos situados a una distancia inferior a 500 metros medidos en proyección horizontal tierra adentro, desde el límite interior de la ribera del mar.*

Esta medida se restringe en cuanto a su ámbito objetivo: *Desde el inicio de la información pública del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, la suspensión a que hace referencia el apartado 1 solo será de aplicación a los sectores afectados por las determinaciones de dicho Plan que se identifiquen expresamente en el documento sometido a dicho trámite.*

Para terminar con el establecimiento de unos límites máximos: *Las medidas de suspensión a que se refiere el apartado primero tendrán una vigencia máxima de dos años desde la entrada en vigor de este Decreto-ley y quedarán sin efecto si dentro de dicho plazo se produce la adaptación del respectivo Plan General de Ordenación Urbanística a las determinaciones del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía. Esta suspensión se extingue, en todo caso, con la entrada en vigor del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía.*

Por lo que respecta al régimen del plan de protección del litoral el decreto ley concluye con algunas concreciones de relevancia en relación con sus efectos suspensivos fundamentalmente:

*El Consejo de Gobierno deberá aprobar el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de este Decreto-ley. Excepcionalmente, el referido plazo será ampliable por Acuerdo del Consejo de Gobierno sin que ello afecte a lo establecido en el artículo 2.3. Dicho Plan se someterá a información pública en un plazo no superior a seis meses desde su formulación.*

NOTICIA DE  
REVITAS AUTONÓMICAS



## Noticia de Revistas Autonómicas\*

### (1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

VALVERDE LÓPEZ, Mar, *Una propuesta de regulación para la protección de datos en la Unión Europea*, “RVAP” núm. 93, mayo-agosto 2012, pp. 151-177. *Vid.* (3).

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *En torno a la práctica desaparición de una competencia. El artículo 149.1.6 CE y las especialidades procesales autonómicas*, “RVAP” núm. 93, mayo-agosto 2012, pp.103-124.

Estudia CABELLOS ESPIÉRREZ la evolución de la jurisprudencia constitucional anterior a la Sentencia 21/2012. Cree CABELLOS ESPIÉRREZ que los límites y condicionantes de la competencia autonómica han sido objeto de una interpretación tan extensiva por parte del TC que resulta casi imposible que llegue a poder ejercerse sin que, de ser impugnada, recaiga declaración de inconstitucionalidad. De forma que, en su opinión, de la jurisprudencia constitucional mayoritaria –salvo la STC 47/2004–, se deduce que la competencia autonómica relativa a las especialidades procesales ha desaparecido bajo el cúmulo de requisitos que se exigen para entender legítimo su ejercicio. La interpretación del TC, que obviamente CABELLOS ESPIÉRREZ no comparte, está presidida por la idea de que es necesario mantener la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales. El autor considera que esta competencia si que debiera poder ser ejercida cuando se muestre de manera razonable que la introducción de la especialidad procesal (sea esta una variación puntual respecto del procedimiento dictado por el Estado o se plasme incluso en un procedimiento especial cuando aquel no exista o el que exista resulte inadecuado en relación con la regulación sustantiva, sirva realmente para los fines de mejor aplicación de la norma y mejor protección de los derechos de los ciudadanos en el marco de la existencia de una particularidad constatable y relevante del derecho sustantivo autonómico o de la realidad social en que este ha de aplicarse.

---

\* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *Los parlamentos regionales y el mecanismo de alerta temprana (su aplicación en el Parlamento Vasco)*, “RVAP” núm. 93, mayo-agosto 2012, pp. 37-63.

Este estudio analiza el alcance del mecanismo de alerta temprana, así como la actividad de las Cortes Generales y del Parlamento Vasco al respecto. La autora pone de manifiesto que la participación de los parlamentos regionales en el mecanismo de alerta temprana depende de la funcionalidad real de dicho mecanismo, de la cooperación con el Parlamento estatal y de la propia normativa regional. GONZÁLEZ PASCUAL postula la necesidad de reformas con el fin de que se impulse una auténtica cooperación interparlamentaria, o, al menos, un efectivo seguimiento de la participación en la UE del Gobierno autonómico. Cree GONZÁLEZ PASCUAL que la toma en consideración indiscriminada por las Comisiones Parlamentarias de todos y cada unos de los proyectos europeos remitidos por la Comisión Mixta por la Unión Europea impide un análisis adecuado de los mismos. Además el escaso interés que muchos proyectos pueden tener para el Parlamento Vasco puede provocar una apatía progresiva de los parlamentarios hacia el mecanismo de alerta temprana. Ambos problemas, en su opinión, podrían evitarse modificando los criterios de selección de las propuestas normativas europeas, reforzando la cooperación con el Gobierno Autonómico, y reorganizando el trabajo parlamentario.

## **(2) § Administraciones Públicas/Empleo Público.**

CALATAYUD PRATS, Ignacio, *Sociedades públicas de abastecimiento de aguas. Tasas o precios privados (a propósito de la reforma del artículo 2.2 a) de la Ley General Tributaria por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible)*, “RJCv” núm. 41, enero 2012, pp. 17-53.

Comienza CALATAYUD PRATS examinando las funciones y los fines de la Administración para descender de inmediato sobre las sociedades mercantiles públicas y su régimen jurídico, centrándose en el régimen jurídico contractual de las sociedades mercantiles públicas. Tras esta introducción analiza el servicio municipal de abastecimiento y saneamiento de aguas (naturaleza) y el concepto de prestación patrimonial pública y la técnica del servicio público. Culmina el estudio el examen de las sociedades mercantiles y los Entes Locales (relación jurídica y naturaleza de la contraprestación que los usuarios abonan por el servicio de abastecimiento de agua). Apunta CALATAYUD PRATS que la contraprestación que el usuario satisface por el servicio de abastecimiento se trata de una tasa cuya titularidad sólo puede ser de un ente público

no existiendo relación tributaria alguna por lo que respecta a la contraprestación entre el usuario y la sociedad mercantil. Por ello, dado que se trata de una tasa, su establecimiento deberá realizarse aprobando una Ordenanza Fiscal por el Pleno y rigiendo el principio de equivalencia, de forma que el límite máximo de su importe no puede superar el coste del servicio, a diferencia del precio privado. La naturaleza de tributo implica igualmente que su gestión y recaudación deberá acomodarse a lo dispuesto en la normativa reguladora de los tributos con lo que en caso de impago se pueden recaudar a través de la vía de apremio y cualquier conflicto que se produzca en torno a las mismas deberá sustanciarse, una vez finalizados los pertinentes recursos administrativos, en la jurisdicción contencioso-administrativa. La naturaleza de tributo implica que no es procedente la normativa de los precios, ni por tanto, la intervención en el procedimiento de las Comisiones de Precios. Debemos dar cuenta de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012, dictada en el Recurso núm 4788/2010, Ponente JOAQUÍN HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, posterior al trabajo recensionado, que recientemente ha declarado que el servicio municipal de abastecimiento de agua potable cuando es suministrado de forma indirecta tiene el carácter de tasa hasta la modificación del segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la ley 58/2013, de 17 de diciembre general tributaria, operada por la ley 2/2011, de 14 de marzo, de economía sostenible, y a partir de entonces las cantidades que la entidad concesionaria percibe de los usuarios constituyen precios privados, intervenidos y autorizados administrativamente pero nunca tasas ni precios públicos.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Jorge, *Responsabilidad de las Administraciones Públicas en las contrata y subcontratas de servicios y la cesión ilegal de trabajadores*, “RJCIV” núm. 41, enero 2012, pp. 55-68.

La preocupación por las consecuencias que puede traer la cesión ilegal de trabajadores se recoge en la resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con Tribunal de Cuentas. La reforma operada por la Ley 43/2006 de 29 de diciembre incorpora una definición de la cesión ilegal de trabajadores que traslada a la Ley la jurisprudencia sobre esta materia diferenciando la descentralización productiva a través de las contrata y la cesión ilegal de mano de obra en base a indicios esenciales y accidentales. En relación con el cumplimiento de la obligación de alta en la Seguridad Social (y la responsabilidad por su infracción), considera MARTÍNEZ FERNÁNDEZ que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la obligación de comprobación de que los trabajadores de las contratistas y subcontratistas han sido dados de alta en la Seguridad Social se aplica a la Ad-

ministración en sus contratos de gestión de servicio público en todo caso (al considerarse actividad propia de la Administración), en los contratos de naturaleza administrativa especial según el caso concreto (bien cuando pueda calificarse como actividad propia, bien cuando se preste el servicio de forma continuada en los centros de trabajo en la Administración) y en los contratos de servicios siempre que el servicio se preste de forma continuada en los centros de trabajo en la Administración. El autor apunta que la práctica administrativa demuestra que en la fase de ejecución los controles se relajan en comparación con las fases de preparación y adjudicación contractual, proponiendo frente a esta relajación la puesta en valor de la figura del responsable del contrato prevista en el artículo 52 del RDleg 3/2011.

### **(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.**

VALVERDE LÓPEZ, Mar, *Una propuesta de regulación para la protección de datos en la Unión Europea*, “RVAP” núm. 93, mayo-agosto 2012, pp. 151-177.

En este estudio VALVERDE LÓPEZ analiza, en primer término, el marco jurídico en el cual se lleva acabo la reforma y la incidencia en la materia de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. A continuación examina el contenido de la propuesta presentada por la Comisión Europea (aspectos generales, obligaciones del responsable y del encargado del tratamiento, transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, y, por último, las autoridades de control independientes). Cree VALVERDE LÓPEZ que la reforma plantea serias dudas sobre alguno de los elementos existentes en la actualidad como, por ejemplo, cuál será la solución en el supuesto de que el texto propuesto ofrezca una regulación del derecho a la protección de datos personales menos garantista que la regulación contenida en el Derecho internacional o en las Constituciones de los Estados miembros y como podría repercutir esta situación respecto a la limitación incluida en el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o cómo se solucionará la disyuntiva resultante entre la ponderación del interés público y/o la libertad de expresión en relación con el derecho al olvido recogido en el artículo 17 y qué tipo de limitaciones o recomendaciones se desarrollan al respecto a fin de evitar que éste se convierta en un derecho absoluto de forma que pueda afectar al interés público; o cual será el futuro de los Registros de inscripción de ficheros actualmente operantes; o la falta de diferenciación entre el sector público y privado en lo que al régimen sancionador se refiere. No compartimos esta última crítica pues en un sistema de administra-

ciones públicas éstas deben tener capacidad para ser sujeto de infracciones y sanciones. Creemos, asimismo, que la actual tendencia de sólo recoger infracciones y sanciones para sujetos privados puede constituir –además de una torpeza de política legislativa por privar del elemento coercitivo a la norma jurídica– un supuesto de privilegio injustificado y, por ende, contrario a la Constitución.

ARNÁEZ ARCE, Vega María, *La compra innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores*, “RVAP” núm. 93, mayo-agosto 2012, pp. 17-35.

En este estudio ARNÁEZ ARZE analiza el concepto de compra pública innovadora y sus manifestaciones (compra pública de tecnología innovadora, compra pública pre-comercial o precompra pública innovadora); el marco jurídico vigente (formalización jurídica de la compra pública de tecnología innovadora y en su modalidad pre-comercial. Culmina este trabajo la exposición de ejemplos de actuaciones desarrolladas por los poderes públicos en el Estado y en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Concluye la autora que existe una creciente importancia de la compra pública innovadora como uno de los retos más significativos del Derecho Administrativo actual cuya consolidación exige el diseño de fórmulas para su cobertura jurídica, así como la definición de mecanismos e instrumentos que permitan la adaptación de los vigentes procedimientos de contratación pública a los requisitos y exigencias en el contexto de un mercado globalizado.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Jorge, *Cuestiones funcionales a considerar en un sistema de contratación electrónica*, “RJCv” núm. 40, octubre 2011, pp. 35-58.

En este trabajo se analiza desde una perspectiva eminentemente práctica el régimen jurídico de la administración electrónica previsto en la LAECSP (sede electrónica, identificación y autenticación, Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas, expedientes documentos y archivos electrónicos –y su conservación–). El estudio se centra en la simplificación de los procedimientos administrativos y la necesidad de dotar de flexibilidad al tramitador de expedientes del sistema de contratación electrónica. Además analiza la integración de la contratación electrónica y los sistemas de información contable como requisito imprescindible para el éxito en la implantación. El autor considera la contratación electrónica como una oportunidad para revisar la forma de tramitar los expedientes de contratación. Como propuesta de *lege ferenda* (sin perjuicio de la pertinencia de que las Comunidades que carecen de una regulación general y propia de contratación hagan de sujeto activo de su ordenamiento y ejerzan las competencias de regulación en materia de contratación adminis-

trativa previstas en sus Estatutos de Autonomía) al igual que se ha hecho en algunas CCAA, el resto debería legislar, a efectos de exceptuar la regla general del silencio positivo, cuando lo consideren conveniente, de una forma similar a como se contiene en el apartado 2º de la Disposición Final Octava del LCSP, pero eso sí, sin pronunciarse sobre la situación jurídica en la que quedan esos procedimientos cuando se inician de oficio respecto del instituto jurídico de la caducidad. El autor considera que bastará en cambio una norma de carácter reglamentario para establecer el plazo de seis meses para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos, cuando el plazo general de tres meses se considere insuficiente.

JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan, *Sobre la carga de la prueba*, “RJCVC” núm. 40, octubre 2011, pp. 59-78. *Vid.* (7)

#### **(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.**

CALATAYUD PRATS, Ignacio, *Sociedades públicas de abastecimiento de aguas. Tasas o precios privados (a propósito de la reforma del artículo 2.2 a) de la Ley General Tributaria por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible*, “RJCVC” núm. 41, enero 2012, pp. 17-53. *Vid.* (2)

RICO BELDA, Paula, *Destino del Patrimonio Público de Suelo (Tras la reciente modificación de la Ley Urbanística de Valencia por el Decreto-Ley 2/2011, de 4 de noviembre del Consell, de Medidas Urgentes de Impulso a la Implantación de Actuaciones Territoriales Estratégicas)*, “RJCVC” núm. 41, enero 2012, pp. 5-16.

Examina RICO BELDA la modificación normativa con gran impacto en la esfera local realizada por el Decreto-Ley 2/2011, de 4 de noviembre del *Consell*, de Medidas Urgentes de Impulso a la Implantación de Actuaciones Territoriales Estratégicas que ha introducido una notable reforma en los posibles destinos de los recursos que integran el patrimonio público del suelo anteponiendo la consideración de éste como fuente de financiación (dado el contexto de crisis económica) de una serie de actuaciones calificadas de interés social a su consideración como instrumento de intervención en el mercado de la vivienda. Cree la autora que, a la vista de la comprometida situación económico-presupuestaria, es posible que esta modificación (y la emprendida en nuestra Comunidad Autónoma mediante la Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad), sean el inicio de una tendencia que se extienda a otras Comunidades Autónomas con la consecuencia de una progresiva merma de su patrimonio y un paso más en la desnaturalización de la institución del Patrimonio Público del Suelo.

**(6) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).**

CALATAYUD PRATS, Ignacio, *Sociedades públicas de abastecimiento de aguas. Tasas o precios privados (a propósito de la reforma del artículo 2.2 a) de la Ley General Tributaria por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible*, “RJCVC” núm. 41, enero 2012, pp. 17-53. *Vid.* (2).

**(5) § 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.).**

SALA CAMARENA Ricard & FUSTER BORJA, Silvia, *Las edificaciones destinadas a vivienda unifamiliar y aislada en suelo no urbanizable común*, “RJCVC” núm. 40, octubre 2011, pp. 21-34.

Estudian los autores todos los ejes de la problemática: Marco normativo; vinculación registral de viviendas en suelo no urbanizable de nueva construcción; informe de la *Consellería* de Medio Ambiente previo a la solicitud de licencia –informe que consideran meramente facultativo–; estudio de integración paisajística y participación ciudadana –estudio obligatorio en caso de nuevas construcciones–; expedientes de protección de la legalidad urbanística y caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística y prescripción de las infracciones urbanísticas. Concluyen los autores que en el caso de licencias de construcción de viviendas en suelo no urbanizable, las mismas deberán articularse en base al artículo 21 de la Ley de suelo no urbanizable, cumpliendo con los requisitos por este precepto exigidos por ser el núcleo normativo de esta materia, debiendo procederse posteriormente, en función de las características que presente cada expediente al análisis de la conveniencia de solicitar diferentes informes a las Administraciones Públicas con competencias en la materia o efectuar la tramitación de actuaciones complementarias. En referencia al Inventario Forestal, estiman que aunque el mismo carece de eficacia normativa, debido a que el mismo es antecedente, y en un futuro integrante del Plan General Forestal que otorgará una amplia protección jurídica a los espacios forestales, las diferentes administraciones con competencia forestal y ambiental están confiriéndole el tratamiento de norma jurídica vinculante, por lo que de encontrarse la vivienda que se pretende construir dentro del espacio grafiado por el inventario, lo más recomendable es que la corporación munici-

pal solicite Informe a la *Consellería* de Medio ambiente con carácter previo a la resolución del expediente.

PUCHALT RUIZ, Marcos, *Notas de jurisprudencia sobre las zonas verdes y espacios libres*, “RJCv” núm. 44, octubre 2012, pp. 59-72.

Considera PUCHALT RUIZ que las zonas verdes y los espacios libres tradicionalmente amenazados por el utilitarismo crematístico se encuentran en una dialéctica interés público/interés privado en la que no en pocas ocasiones, en la *praxis*, lo privado acaba por tener preeminencia. El trabajo realiza una reseña de la doctrina legal de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, del Consejo de Estado y de la jurisprudencia relativa a estos espacios en constante amenaza. Resaltamos los criterios protectores como la importancia de la ubicación, la no dispersión o atomización (Dictamen 141/1999, de 13 de mayo del *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*); la no admisibilidad de yuxtaposición de usos deportivos con una intensidad que desvirtúe la zona verde –STS de 31 de diciembre de 1988–; la cláusula *stand still* propia del Derecho de la Unión Europea incorporada por el Consejo de Estado a la hora de examinar modificaciones de planes que supongan una minoración de superficies de zonas verdes o espacios libres, de suerte que estos espacios son un mínimo sin retorno y podrán ser minorados en casos muy justificados por el interés general, siempre y cuando se mantenga el estándar general de dotaciones. Destaca en este conjunto, la conocida STS de 13 de junio de 2011, en relación con los Jardines del Prado de San Sebastián en Sevilla, relativa a la exigencia de motivación para las modificaciones de Planeamiento que afecten a Zonas Verdes, deber de motivación riguroso que incluye por qué la finalidad de la construcción de la Biblioteca universitaria no podía ser razonablemente alcanzada mediante la elección de otro emplazamiento que no recortara una zona verde.

JIMÉNEZ GUANIPA, Henry, *La integración energética en Sudamérica: ¿realidad o utopía? La construcción europea como referencia*, “RVAP” núm. 93, mayo-agosto 2012, pp. 17-35.

Examina JIMÉNEZ GUANIPA el contexto y las medidas que la Unión Europea ha adoptado a lo largo de su evolución como comunidad *sui generis* para constituir un mercado único de la energía a fin de asegurar a los Estados miembros el abastecimiento seguro, la competitividad y la sostenibilidad. Describe así fielmente el desarrollo normativo en la materia (Directiva de transparencia de precios de 1990; Directivas sobre el Tránsito de la electricidad y el Gas; liberalización e integración del mercado interior de la energía europeo en el pe-

riodo 1996-2009). La segunda parte del trabajo se centra en las iniciativas bilaterales y multilaterales en Latinoamérica (ALALC, CAN, ALADI, ALBA, MERCOSUR, UNASUR). El estudio incluye una amplia bibliografía.

RICO BELDA, Paula, *Destino del Patrimonio Público de Suelo (Tras la reciente modificación de la Ley Urbanística Valencia por el Decreto Ley 2/2011, de 4 de noviembre del Consell, de Medidas Urgentes de Impulso a la Implantación de Actuaciones Territoriales Estratégicas)*, “RJCV” núm. 41, enero 2012, pp. 5-16. *Vid.* (4)

### (7) § **Varia.**

JUAN SANJOSÉ, Rafael Juan, *Sobre la carga de la prueba*, “RJCV” núm. 40, octubre 2011, pp. 59-78.

Realiza el autor un análisis sistemático de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, que tomados de la doctrina jurisprudencial, el legislador plasmó en las reglas sobre la carga de la prueba, llegando al análisis final de la prueba de los hechos negativos, y por ende a la actitud de las partes ante las alegaciones de éstos en el proceso. Concluye JUAN SANJOSÉ que el Juez o Tribunal ante la existencia de falta de prueba sobre un determinado hecho que lo convierte en dudoso e incierto, antes de dictar sentencia, debe realizar un análisis previo de las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta no sólo las reglas generales o el principio de que “quien alega debe probar”, sino también la facilidad de las partes para llevar al proceso las pruebas, así como la actitud que estas han demostrado a lo largo de sus actividad probatoria, no admitiéndose actitudes pasivas que obliguen a la contraparte a demostrar hechos imposibles, llegando a la tesis de encontrarse ante una *probatio diabolica*, siendo, por tanto, las reglas generales, el último recurso al que ha de acogerse el juez a fin de determinar las consecuencias de la falta de la prueba. El estudio incluye un valioso anexo jurisprudencial.

VERCHER NOGUERA, Antonio, *La especialidad del medio ambiente en el seno del Ministerio Público español*, “RJCV” núm. 44, octubre 2012, pp. 465-481.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, *El Derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Naturaleza, elementos y procedimientos para su aplicación en el Estado*, “RVAP” núm. 93, mayo-agosto 2012, pp. 17-35.

Abreviaturas

RVAP

Revista Vasca de Administración Pública

RJCV

Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana

# RECENSIONES



**Muñoz Machado, Santiago, Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo. Crítica, 2012, 256 páginas.**

Soy de los españoles que recibimos el Estado de las autonomías con notable ilusión y esperanza. Al menos yo pensaba que podría ser una nueva forma de ejercer el poder, ciertamente descentralizado y próximo a las realidades de cada día de los ciudadanos. Sin embargo, vimos como desde primera hora y a gran velocidad, estas expectativas se frustraban y lo que rápidamente se asentaba era una nueva fórmula de repartir el poder. Siguiendo el ejemplo de los nacionalistas, las élites políticas regionales, incluso de los dos grandes partidos de ámbito nacional se lanzaron a la insensata tarea de desmontar el Estado centenario que habían heredado. Con el afán de liberarse del Estado napoleónico-franquista que habían vivido los últimos ciento cincuenta años y sufrido especialmente los treinta y cinco posteriores a la guerra civil, se aprestaron a la ambiciosa tarea de un feroz reparto, creando las comunidades autónomas sobre la imagen del estado tradicional, cuyas instituciones se duplicaban y cuya autoridad cada día se ha cuestionado más. Para esta tarea no faltaban pretextos ni coartadas. Era comprensible que el anhelo de una democracia, tantos años negada, tiñera de forma muy especial el panorama que se pretendía conquistar y, de esta forma, lo democrático y lo nuevo se ensalzaron demonizando todo lo anterior como responsable de las desgracias y desdichas hasta entonces padecidas, con independencia de cualquier matización respecto a la bondad de las nuevas fórmulas y sin tener muy claro cual era el final del camino emprendido. Si a ello se añade que la Constitución republicana de 1931 había bendecido la fórmula del llamado Estado integral, que comportaba el reconocimiento del autogobierno de las regiones que así se constituyeran, se explica la loca carrera por despojar al viejo estado franquista de todos sus poderes, prerrogativas y tareas para con ellas construir unos nuevos sujetos políticos con ínfulas de Estado, que asumirían su papel, ahora si, de modo benéfico y democrático. Se pensó crear nuevas fórmulas de convivencia, sin conocer muy bien su dinámica y su naturaleza y sin advertir que mientras se creía resolver algunos problemas, se estaban generando otros, al menos tan graves, pues hemos llegado a un punto en que no sólo afectan a la organización del Estado, sino a la continuidad misma de la Nación española, pues, en efecto, no se puede negar que el debate actual planteado por los independentistas es un subproducto, seguramente no querido, de decisiones y actitudes que se afirmaron hace mas de tres décadas, probablemente con la sana intención de resolver problemas que se venían arrastrando, al menos desde un siglo atrás.

Aparentemente la víctima de la refriega fue el estado, ahora si, democrático y de derecho, pero de una forma inconsciente percibido como heredero de

todo lo rancio, centralista y despreciable, que históricamente ha acaecido al conjunto de los españoles. De ahí, que mientras unos se dedicaban a su destrucción, otros permanecieran mas o menos indiferentes ante el espectáculo, incluidos los poderes públicos encargados de hacerlo respetar, con la excusa del sano ejercicio de una creativa libertad de expresión y otros, en fin, parecieran sentir vergüenza ajena del aprecio y uso de todo lo que suena a común, que no ven sino como reminiscencias de un pasado odioso, en el que parecen incluir la totalidad de la historia nacional –incluso la utilización de este término parece haber quedado expropiada para referirla al conjunto, a lo español– y usurpada por la terminología de los nacionalismos periféricos.

Mientras muchos españoles se dedicaban a la tarea descrita otros, como el Prof. Muñoz Machado, atentos a la realidad, han dedicado vida y esfuerzos a buscar la manera de afinar técnicas y aprestar fórmulas que hicieran viable un estado de las autonomías sustituto del denostado estado centralista, en el que el todo y las partes pudieran convivir desempeñando cada uno su papel en beneficio del interés general y de los derechos y el bienestar de todos los españoles. Es éste el empeño en el que se mueve su amplísima y conocida obra. Desde su perspectiva de técnico de administración civil, catedrático de derecho administrativo y abogado aborda los problemas del funcionamiento del estado de las autonomías con absoluto realismo y ecuanimidad, lejos de apriorismos partidistas y de cualesquiera otros condicionamientos que no sean su profundo conocimiento de nuestro ordenamiento y de fórmulas foráneas que puedan ser de utilidad.

Este es el marco en que se sitúa la obra que comento, de la que, antes que nada, quiero decir, que en estos tiempos de crisis, donde tantos hablan de reformas estructurales para terminar en exabruptos o en auténticas fruslerías, el autor, lejos de toda posición maximalista, sugiere remedios, apunta posibilidades que puedan llevar a buen puerto ese empeño, en cuyos comienzos el mismo colaboró desde diversas perspectivas y cuyas propuestas, si se hubiesen seguido en su integridad, posiblemente nos hubieran conducido a otra situación diferente de la que hoy padecemos. Es obvio que el estado de las autonomías no funciona bien y, por tanto, parece necesaria una reforma constitucional que, al margen de la terminología que se utilice –estado federal, autonómico, etc.– dé auténtica respuesta a los problema de funcionamiento que se describen a lo largo de este informe, pues el título de la obra hace plena justicia al contenido. Efectivamente ese libro es, antes que nada, un informe jurídico que elabora un maestro del derecho público español, por eso es claro, sencillo y asequible a un lector informado, aún carente de formación jurídica. Su sencillez no escamotea rigor científico, para el que en absoluto es preciso ningún forzado argot, ni un lenguaje reservado a iniciados. Coherentemente, el autor omite las citas

doctrinales, innecesarias a estas alturas en quien posee una trayectoria científica verdaderamente excepcional y ha mostrado en reiteradas ocasiones su dominio de la doctrina española y comparada.

A mi modo de ver la obra se desarrolla en dos planos. De una parte aborda cuestiones concretas de carácter técnico, desde las relativas a la financiación de las comunidades autónomas, a la problemática de la distribución de competencias entre éstas y el estado, o el desarrollo de las administraciones autonómicas, sus relaciones con las administraciones locales, etc. Con el rigor y claridad que le son habituales describe las situaciones, apunta las posibilidades de reforma para rectificar los desajustes, valorándolas también en función de condicionamientos políticos del entorno.

Por otro lado, tal vez en un segundo plano, en coherencia con el carácter jurídico del trabajo, aborda la faceta estrictamente política centrándose en los problemas planteados desde la perspectiva catalana, obviamente de máxima actualidad. A este respecto, me parece de especial interés el capítulo II, *el error originario*. Con gran prudencia el autor se limita a narrar unos hechos del pasado cuya trascendencia, sin embargo, creo que se agranda conforme pasa el tiempo y se desarrollan los acontecimientos. En mi opinión estos hechos condicionan profundamente cualquier solución de futuro a los problemas del estado de las autonomías. Cualquier cuestión de mínima trascendencia está condenada a sufrir las consecuencias de ese error respecto del que lo peor que se puede hacer es mirar hacia otro lado, escudados en su falta de cabida en el actual contexto constitucional. No se puede olvidar que el gran problema del estado de las autonomías no es de carácter técnico, ni es cuestión grave determinar su naturaleza jurídica en el contexto de las variadas fórmulas de organización territorial. El problema del estado de las autonomías es, antes que nada, político. En mi opinión, es el problema de España que erróneamente se suele identificar como problema catalán o problema vasco. Pero no debo dejarme llevar por digresiones. Ahora lo que corresponde es presentar este libro y recomendar su lectura. Sean cuales sean los diagnósticos que se hagan de la situación, las soluciones políticas que se adopten han de pasar por el tamiz de las fórmulas jurídicas. Decidir sin considerar previamente lo que al respecto pueden decir personas de la talla del autor de este trabajo es, como mínimo, imprudente. Pero su lectura es recomendable para todos, de ella se obtendrá una mas que necesaria orientación para abordar con soluciones realistas muchos aspectos que conciernen de forma trascendental a nuestra convivencia como pueblo.

José Ignacio Morillo-Velarde Pérez  
Catedrático de Derecho Administrativo

**Emilio GUICHOT, *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global, Colección Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, 2011, 345 pp.**

El profesor Emilio GUICHOT es un especialista en materia de transparencia y acceso a la información, tema que ha abordado en múltiples escritos y a todos los niveles, tanto mundial (“Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, *Derecho Comparado de la Información*, México, D. F., núm. 19, 2012) como nacional (*Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011; “El Anteproyecto de Ley de Transparencia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, julio 2012, “El Proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas”, en este mismo número de la Revista). Entre ambos niveles, entre lo internacional y lo nacional, se sitúa lo europeo, que es el ámbito de estudio de la monografía que ahora comentamos y que cubre además un vacío en la bibliografía en español sobre la materia (que el propio autor contribuyó a ir rellenando hace años con su artículo “El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública”, *Revista de administración pública*, núm. 160, 2003, en el que se hacía eco de la entonces nueva normativa comunitaria).

La pluralidad de ámbitos territoriales, de sistemas, analizados por el profesor GUICHOT en sus trabajos y el conocimiento que ello revela suponen ya de por sí una garantía de solvencia, pues es precisamente esa la utilidad del Derecho comparado: la de servir de vivero de soluciones, de técnicas, para dar respuesta a lo que en realidad son cuestiones universales que requieren respuestas ponderadas. No se trata de “inventar por inventar” sino de llegar a regulaciones equilibradas. Y, en ese sentido, analizar el Derecho europeo es de particular interés en el momento presente, dado que el derecho de acceso a la información se encuentra en un momento “refundacional” en Europa y fundacional en España.

En efecto, a nivel europeo, en el sistema del Consejo de Europa ha habido una progresiva evolución hacia el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública, que tuvo un punto de inflexión en el año 2009, en el que coincidieron su reconocimiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como integrante del derecho fundamental a la libertad de expresión e información consagrada en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y su regulación mediante un instrumento vinculante, el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, abierto a la firma de los Estados el 18 de junio de 2009. El Convenio 205 del

Consejo de Europa, como es propio de esta categoría de normas, se presenta como un mínimo estándar común de las regulaciones estatales sobre acceso a la información, que permite a los Estados, en casi todos sus puntos, ser más ambiciosos en materia de transparencia. Fruto de un compromiso entre Derechos europeos más y menos avanzados o entre culturas jurídicas europeas más o menos aperturistas, la mayor parte de los Estados europeos pueden suscribirlo sin modificar su legislación, o con retoques menores. En otros casos, se requeriría una revisión a fondo, cuando no una nueva normativa (es el caso, singularmente, de algunos países latinos). Para poder valorarlo y aportar experiencias nacionales, el estudio del Convenio por el profesor GUICHOT se encuentra imbricado con un análisis por vía de síntesis del Derecho de los Estados europeos. Si bien se trata por lo general de sistemas jurídicos avanzados de democracias representativas consolidadas –bien que en Europa del Este, recientes, surgidas tras la caída del Muro de Berlín– puede afirmarse que, en línea de tendencia, los países nórdicos –y, en distintos niveles, las nuevas democracias del Este– han profundizado más en la transparencia de la actividad pública que los grandes Estados centrales, existiendo, si no dos modelos, si un mayor o menor grado de apertura, diferencia ésta que ha marcado las aproximaciones en la elaboración del Convenio 205, como lo hiciera en su día en la elaboración de la normativa comunitaria y, en la actualidad, en los debates para su reforma. A todo ello se dedica la primera parte de la monografía que recensionamos.

En la segunda parte, se aborda el Derecho de la Unión Europea, con un detallado análisis de la relevante jurisprudencia recaída al interpretar el Reglamento 1049/2001 que regula el acceso a la información, así como de la propuesta de reforma de dicho Reglamento actualmente en curso –de la que se da cuenta y se comenta en un tamaño de letra más pequeña, para facilitar al lector la diferenciación con el régimen jurídico vigente. En el Derecho de la Unión Europea, el impulso hacia la transparencia ha venido de la mano de las críticas del déficit democrático y la opacidad en la actuación de las Instituciones y de la propia lejanía geográfica, mediática y “sentimental”, si se quiere, de los ciudadanos respecto de las Instituciones y sus políticas.. No es casual que en este contexto se pretendiera reforzar los mecanismos de transparencia y participación. De este modo, en las dos últimas décadas se ha ido construyendo todo un trenzado normativo, al máximo nivel “constitucional” –con reconocimiento en los Tratados y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales– y con desarrollo “legal” (hoy, en el Reglamento 1049/2001), y “reglamentario” (en los Reglamentos internos de cada Institución, órgano, organismo o agencia), todo ello utilizando las categorías clásicas nacionales aún no reconocidas formalmente en la Unión, tras el fracaso en la ratificación del

Tratado por el que se aprueba una Constitución Europea. A ese trenzado normativo se ha unido otro organizativo; en general, las Instituciones han sido conscientes de que no basta el reconocimiento del derecho de acceso, sino que es necesario aportar, además, medios personales y materiales y hacer una labor de difusión activa de la existencia del derecho, adaptar el lenguaje jurídico-normativo a la capacidad de comprensión del ciudadano medio –mediante guías del ciudadano, síntesis, etc.– auxiliar a los ciudadanos en su ejercicio –poniendo todas las facilidades y admitiendo todos los medios de solicitud–, dando la mayor facilidad para el acceso –con principios como la gratuidad para las solicitudes simples o la libre elección de modalidad de acceso– y dotando al sistema de mecanismos rápidos y gratuitos de recurso. A ello se le unen los medios tecnológicos, con la creación de registros electrónicos de documentos, al servicio de la efectividad del derecho de acceso a la información y la utilización masiva de la publicidad a través de la *web*, que es, el mecanismo hoy más utilizado de acceso a los documentos. En la ya casi una década se ha ido construyendo una apasionante jurisprudencia que ha interpretado y aplicado la normativa, muy en especial en los últimos años. A ello se le suma que la normativa sobre acceso a los documentos está en pleno proceso de reforma, paralizado en la actualidad por la existencia de discrepancias de entidad en cuanto al mayor o menor alcance de la misma y la mayor o menor apertura (liderada, respectivamente, por el Parlamento europeo y los Estados nórdicos, de mayor tradición de transparencia, por una parte; y la Comisión y los países centrales, por otra). Por tanto, se trata de un tema de la máxima actualidad.

Momento, como puede comprobarse, “refundacional”, que se une, como apuntamos, a un momento “fundacional” en España. En efecto, actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria el proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Este proyecto no es ajeno, en absoluto, a las aportaciones y guías que pueden extraerse del Derecho europeo, sino que se inspira claramente en él (a veces, incluso, literalmente; la enumeración de los límites al derecho de acceso es prácticamente una pura traducción del Convenio). Su propia Exposición de Motivos así lo constata (“Desde la perspectiva del Derecho comparado, tanto la Unión Europea como la mayoría de sus Estados miembros cuentan ya en sus ordenamientos jurídicos con una legislación específica que regula la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.”).

Es por todas estas razones por las que los materiales del Derecho europeo que de forma clara, ordenada, rigurosa y crítica expone el profesor GUICHOT en esta cuidada edición (que incluye un completo anexo normativo, jurisperu-

dencial y bibliográfico) tienen un doble valor: como fuente de estudio y propuesta en Derecho europeo (al respecto, cabe constatar cómo la obra que recensionamos ya ha sido citada por la jurisprudencia comunitaria, en las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón a los asuntos C-477/10 P, Comisión/Agrofert Holding, de 8 de diciembre de 2011, C-135/11 P, IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds gGmbH, de 1 de marzo de 2012), y para la elaboración e interpretación de nuestro Derecho de acceso a la información *in fieri*.

Concepción HORGUÉ BAENA

**VV.AA., *La Tutela Jurídica de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía*, (DEL CASTILLO MORA, Daniel & SÁNCHEZ CARMONA, Miguel, Coor.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2011, 263 pp.**

El libro que recensionamos, con Prólogo, de Miguel Delibes DE CASTRO consta de diez capítulos y consta de una amplia bibliografía. Todos sus capítulos han sido escritos por quienes tienen la condición de Letrados de la Junta de Andalucía. Este cuerpo de élite fue creado por la disposición adicional segunda de la Ley 8/1993, de 19 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía, a imagen y semejanza de la Abogacía del Estado, siendo liderado desde sus inicios por Francisco DEL RÍO MUÑOZ, Letrado de prestigio y trabajador nato e infatigable con verdadera vocación de servicio público. Es fácil percibir su sello en esta obra/institución. Los juristas del Gabinete –trabajando muy a menudo en circunstancias no favorables y desbordados por una montaña de trabajo– son juristas de gran prestigio que triunfan allí donde estén (Letrados del Tribunal Constitucional, Magistrados de lo Contencioso, Cargos públicos, Sector privado, etc). Este sello incluye el gusto por la ciencia jurídica dogmática. Este gusto ha dado lugar a un foro privilegiado que han sido las Jornadas de Estudios del Gabinete Jurídico de la Junta –generando una fructífera serie de monografías–, ahora sustituidas por las Jornadas de Estudio de la Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía en los años 2010, 2011 y 2012.

El Capítulo I, escrito por GAYO RUBIO aborda la protección internacional de los espacios protegidos y las figuras que inciden especialmente en Andalucía. Estudia así la Convención RAMSAR de 1971, ratificada por España en 1982 y que afecta de pleno a Doñana y a veinticinco humedales más en Andalucía, lista ampliada por última vez en 2009, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de junio de 2009. El capítulo incluye el examen de

los Convenios UNESCO (Reservas de la Biosfera y Programa MAB; Red de Geoparques) y las Zonas de especial Importancia del Mediterráneo.

En el Capítulo II, FAYA BARRIOS –Letrado de la Consejería de Medio Ambiente durante muchos años y prestigioso especialista en Derecho ambiental–, analiza la tutela comunitaria de los espacios protegidos. El capítulo comienza con una valiosa síntesis de la formación del corpus de principios del Derecho Ambiental comunitario para centrarse de pleno en la conformación de la Red Natura, ilustrada con la jurisprudencia más relevante. El lector debe complementar esta información con el reciente libro –posterior a la obra que aquí recensamos– *Directiva de Hábitats de la Unión Europea: Balance de 20 años* AGUSTÍN GARCÍA URETA Coordinador, Thomsom Reuter 2012 y con el tratado de la materia de GARCÍA URETA, *Derecho Europeo de la Biodiversidad (Aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna)*, Iustel, Madrid 2010.

El Capítulo III, realizado por DEL CASTILLO MORA, sin duda otro de los grandes especialistas del Cuerpo en temas ambientales y con verdadera vocación por el iusambientalismo, analiza unos de los nudos gordianos de la materia: la distribución constitucional de competencias. Examina la competencia de medio ambiente en el Estatuto de Autonomía desde 1981 a la reforma de 2007 y en los artículos 148 y 149 CE. DEL CASTILLO MORA estudia el título competencial específico habilitante “espacios naturales protegidos” y la solución dada por el TC a la gestión de los parques nacionales intraautonómicos y supraautonómicos. De gran interés es el estudio realizado de la planificación del medio físico en los espacios naturales protegidos. Cree DEL CASTILLO MORA que el hecho de que una Comunidad Autónoma tenga el poder de gestionar el interés general de la Nación supone una auténtica prueba de madurez de nuestro sistema democrático, siempre desde la perspectiva de la solidaridad interterritorial, coadyuvando de esta manera a una plasmación concreta del principio comunitario de subsidiariedad y acercando la gestión al ciudadano.

El capítulo VI estudia el marco normativo estatal y ha sido realizado por SÁNCHEZ CARMONA centrándose en el estudio de la Ley 42/2007, de 23 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (principios, instrumentos de planificación, clases de espacios) y en la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales.

El Capítulo V, escrito por FAYA BARRIOS analiza la Ley 2/1989, de 18 de julio de Inventario de espacios Naturales repasando sus elementos esenciales: principios generales, instrumentos de planeamiento, figuras de protección,

régimen sancionador, evaluación de impacto ambiental de las actividades en los espacios naturales protegidos y normas de declaración de los espacios naturales protegidos en Andalucía. Considera FAYA BARRIOS que por el tiempo transcurrido y porque lo básico, versátil por naturaleza, se ha redefinido *surge la necesidad de una nueva ley que sustituya a esta ley mosaico* (Ley 2/1989, de 18 de julio de Inventario) que habla de lo nuevo y de lo viejo y superado, en cuyo régimen sancionador coexisten las cantidades expresadas en euros, con las cantidades expresadas en pesetas.

SÁNCHEZ CARMONA estudia en el Capítulo VI el Espacio Natural de Doñana partiendo de la génesis y los antecedentes. Estudia así la normativa de declaración del Parque Nacional de Doñana y del Parque Natural de Doñana y la significación jurídica de la figura integradora (espacio natural de Doñana) –para nosotros discutible–: ámbito de aplicación, la cuestión orgánica y los instrumentos de planificación. Concluye SÁNCHEZ CARMONA el devenir posterior a la STC 194/2004 y la atribución de la gestión de los parques nacionales a las CC.AA hace razonable la creación de un instrumento que permita la gestión integrada de ambas figuras no obstante la disonancia de la duplicidad de órganos Patronato/Consejo de Participación pues el Parque Nacional subsiste (STC 331/2005, FJ 8). SÁNCHEZ CARMONA cree que, habida cuenta de las referencias que se hacen a los Patronatos en la LRPN, en cuanto a presencia en órganos o funciones concretas a desempeñar, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, habrá de admitirse que dichas actuaciones sean realizadas por el Consejo de Participación o sus representantes. SÁNCHEZ CARMONA se manifiesta partidario de la extensión de la coordinación en materia de gestión entre el POTAD (Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana) y el PDS (Plan de Desarrollo Sostenible) debiendo llevarse a cabo una adecuada conexión entre uno y otro. El POTAD habrá de actuar de marco de referencia territorial para el PDS, con lo que implícitamente ha de entenderse, en su opinión, que en caso de discordancia habría de prevalecer el POTAD.

El Capítulo VII escrito por DEL CASTILLO MORA analiza el Espacio Natural de Sierra Nevada estudiando su génesis y antecedentes, la normativa de declaración y protección así como la significación jurídica de una figura integradora. Cree DEL CASTILLO MORA que la articulación práctica de esta figura aglutinadora tanto del Parque Nacional como del Parque Natural va a ser la que definitivamente marque el éxito de su pervivencia, siendo necesario dotarlo del correspondiente PORN. Cree igualmente necesaria la conexión entre el Consejo de Participación y Grupos de Desarrollo Rural, no sólo para la aceptación del espacio sino para que el Espacio Natural de Sierra Nevada

sea visto como dinamizador de una comarca necesitada de una nueva visión socioeconómica.

En el Capítulo VIII obra de FERNÁNDEZ MALLOL expone el régimen de participación pública en los espacios naturales protegidos de Andalucía en sus modalidades de participación funcional (participación en planes, programas y disposiciones generales que inciden en los espacios protegidos, en los procedimientos administrativos para la adopción de determinados actos en particular) e institucional (participación en órganos consultivos, de asesoramiento, juntas rectoras de los espacios naturales, patronatos de los Parques. Estudia en concreto el Consejo Estatal de Patrimonio Natural y Biodiversidad, el Consejo Estatal de la Red de Parques Nacionales y los Consejos de Participación de los Espacios Naturales Protegidos de Andalucía.

El Capítulo IX de DEL CASTILLO MORA aborda la crucial cuestión de las Áreas de influencia Socioeconómica en los espacios naturales protegidos de Andalucía desbrozando su marco normativo y articulación práctica (internacional, comunitario, estatal y autonómico con especial referencia a Andalucía). Es centro de atención en este capítulo la planificación de actividades en las áreas de influencia socioeconómica, esto es, los Planes de Desarrollo Sostenible. Cree DEL CASTILLO MORA que si se trata de imponer un modelo productivo determinado, olvidando la voz de los municipios, o si se trata de cercenar la conservación de los espacios naturales con la excusa de la limitación del desarrollo económico, olvidando la verdadera razón de la protección de los espacios naturales, el modelo de desarrollo sostenible no será eficaz. La búsqueda del cauce de participación por las instancias públicas ha de ser basada en la búsqueda de las verdaderas necesidades de las poblaciones integradas en las Áreas de influencia Socioeconómica.

Cierra el libro el Capítulo X, “La tutela de la propiedad en los espacios naturales protegidos de Andalucía” cuyo autor es SÁNCHEZ CARMONA que parte del estudio del derecho constitucional de propiedad –la función social desde una perspectiva formal y material–. Analiza el régimen de usos permitidos, autorizaciones y concesiones, y actuaciones sometidas a comunicación previa. Culmina el capítulo el estudio de las expropiaciones y los derechos de tanteo y retracto. En este último tema, del examen de la jurisprudencia deduce que el ejercicio de estos derechos de adquisición preferente en el ámbito de los espacios naturales tiene que ajustarse a los siguientes requisitos: 1) estar legalmente previstos; 2) ejercitarse en cumplimiento de la finalidad de protección ambiental; 3) ejercitarse en el plazo legalmente establecido; 4) estar motivado con una adecuada justificación de los motivos que lleva a este ejercicio (SSTS-

JA de 26 de julio de 2007 y 21 de octubre de 2005). Particularmente interesante nos parecen sus aclaraciones sobre el régimen de caducidad de los derechos de tanteo y retracto a la luz de la jurisprudencia y el derecho forestal.

En definitiva, el lector tiene en sus manos una valiosa contribución que expone el Derecho de los espacios protegidos en Andalucía y sus conexiones con la normativa internacional, europea y básica estatal, enriquecida con la jurisprudencia constitucional y europea. Estamos sobretodo, ante un instrumento útil para el jurista del derecho público y para los denominados “operadores jurídicos”. Una obra que permite estar al día en este núcleo duro del Derecho ambiental exponiendo sus líneas esenciales. Una obra que es brillante continuación de la semilla sembrada por LÓPEZ RAMÓN en los ochenta.

Jesús JORDANO FRAGA  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

**ISABEL GONZÁLEZ RÍOS (Coordinadora), *Turismo Sostenible: Especial referencia a Andalucía. Análisis jurídico-multidisciplinar de la sostenibilidad turística: incidencia en la ordenación territorial, urbanística, medioambiental, energética, de telecomunicaciones y financiera*, Dykinson, Madrid 2012, 260 pp.**

Desde mitad del siglo pasado, el sector turístico presume de ser uno de los ejes centrales del desarrollo social y económico de nuestro país, lo que ha dado lugar a que sea objeto de una vasta regulación que ha evolucionado desde la promoción del sector hasta la gestación de un nuevo modelo de utilización racional de los recursos turísticos: el turismo sostenible.

Con arreglo a este paradigma trabajan, coordinadas por la Profesora González Ríos, una serie de investigadoras que tratan el turismo sostenible desde diferentes vertientes, entre las que se encuentran el desarrollo sostenible y el medio ambiente, la ordenación del territorio o las políticas fiscales adoptadas para el sector, todas con una atención especial en la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin olvidar que esta idea ha sido desarrollada primero desde el panorama internacional, con la Conferencia celebrada en Manila en 1980 por la Organización Mundial del Turismo y la Cumbre de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992 junto con la UE, tal y como estudian en su capítulo las profesoras María Isabel Torres Cazorla y Elena del Mar García Rico.

De esta manera, es también relevante el estudio que lleva a cabo González Ríos sobre la sostenibilidad energética en el sector turístico mediante el análisis de la evolución normativa europea, constitucional y estatutaria del turismo sostenible y de las políticas de fomento del uso de las energías renovables, del ahorro y la eficiencia energética. Así, gracias al reconocimiento de las competencias turísticas a la Unión Europea realizado por el Tratado de Lisboa se produce la integración de las políticas energéticas en el ámbito del turismo, lo que da lugar a la expansión normativa del concepto de sostenibilidad energética en el sector, debido, en palabras de la autora, a la clara conexión entre el turismo y el aumento del consumo energético. El objetivo de la sostenibilidad y eficiencia energética se manifiesta en diversas políticas de la UE, tales como los objetivos de reducción del 20% del consumo eléctrico para 2020, la Estrategia-Energía 2020 o el Plan de Eficiencia Energética de 2011, que apuesta por promover una economía que respete los recursos del Planeta, abundar en la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y mejorar la independencia energética de la UE mediante la potenciación del uso de las energías renovables.

Estos objetivos europeos también han tenido reflejo en la normativa interna, pues tal y como expresa González Ríos, la eficiencia y el ahorro energético están presentes en la Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, así como en diversos mecanismos emanados de ella. Por ejemplo, el reciente Plan de Acción de Energías Renovables de España 2011-2020, que supone la obligación de las edificaciones –en este campo, de las turísticas– de compatibilizar la implantación de nuevas fuentes de energía renovables con el desarrollo turístico y la protección de los recursos medioambientales de especial valor.

En relación a la coexistencia entre los usos turísticos, la protección de los recursos y las energías renovables, González Ríos estudia la regulación del principio de sostenibilidad turística y su imbricación con la instalación de plantas solares o eólicas y la protección de los espacios naturales protegidos. Esta coexistencia no es siempre pacífica, si no que, tal y como analiza la autora, es objeto de multitud de sentencias –como la de 30 de abril de 2008 del Tribunal Supremo– dirimientes entre los intereses energéticos, que suponen también una modernización de las áreas turísticas y el posible deterioro del paisaje, sobre todo en aquellos parajes de especial protección como el Parque Natural Montes de Málaga o Sierra de Grazalema. Igual problemática aparece en la relación con las instalaciones de telecomunicaciones a las que se refiere el profundo estudio llevado a cabo por doña Mabel López García.

Asimismo, la compatibilidad de usos turísticos y protección ambiental es estudiada por la Profesora Carmen María Ávila Rodríguez, con especial aten-

ción al régimen jurídico de los Espacios Naturales en Andalucía, además de interesantes aportaciones sobre la sostenibilidad ambiental en la Comunidad Autónoma. Cuestiones complementarias al trabajo agregado por la Profesora Jáimez Gago, que ahonda en las particularidades de la planificación territorial y urbanística del turismo y de los recursos destinados al sector.

Finalmente, la Profesora Elisa García Luque aborda los problemas del turismo sostenible desde la perspectiva financiera, mediante el análisis de la política fiscal en la materia y de las consecuencias económicas provocadas por la puesta en marcha de numerosos tributos de carácter ambiental dirigidos a empresas y particulares relacionados con el sector y con principios rectores como “quien contamina paga” regulados en numerosas ocasiones por la UE.

En conclusión, esta es una obra para el aprendizaje y estudio del turismo sostenible en el que aparecen las últimas novedades legislativas y ejecutivas sobre el sector, así como un examen fáctico de la situación en la que se encuentra el turismo en Andalucía, en un momento de difícil coyuntura económica como el que se vive actualmente.

Natalia García Villena  
Universidad de Málaga



# BIBLIOGRAFÍA



## Bibliografía sobre derecho autonómico septiembre – diciembre 2012

- AA.VV.: *La Administración Autonómica y el Tratado de Lisboa* (Coord. Andreu Olesti Rayo), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN:978-84-9033-359-4.
- AA.VV.: *Observatorio de políticas ambientales 2012* (Coord. Fernando López Ramón), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012. ISBN: 978-84-9014-172-4.
- AA.VV.: *Sistema Fiscal Español. Impuestos Estatales, Autonómicos y Locales* (Coords. Gaspar de la Peña Velasco, Ramón Falcón y Tella y Miguel Ángel Martínez Lago), 4ª edición, Ed. Iustel, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9890-209-9.
- AA.VV.: *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas. La necesidad de colaboración, coordinación y cooperación a nivel nacional y en el seno de la Unión Europea* (Coords. Vicente Cabedo Mallol y Alexis Cloquell Lozano), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN: 978-84-9004-833-7.
- AA.VV.: *Pluralidad Territorial, Nuevos Derechos y Garantías* (Francisco Javier Matia Portilla, Ed. Comares, Granada, 2012. ISBN: 978-84-9836-953-3.
- AA.VV.: *Gobernar y administrar justicia: Navarra ante la incorporación a Castilla* (Dir. Mercedes Galán Lorda), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012. ISBN: 978-84-9014-092-5.
- AA.VV.: *Derecho del Empleo Público en el Principado de Asturias. El régimen jurídico del personal funcionario y laboral al servicio de la Comunidad Autónoma y de los Entes Locales en Asturias* (Coord. Javier García Luengo), Ed. Iustel, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9890-203-7.
- AA.VV.: *El marco jurídico de los servicios sociales en España. Realidad actual y perspectivas de futuro* (Coord. Antonio Ezquerro Huérva), Ed. Atelier, Barcelona, 2012. ISBN: 978-84-1569-005-4.

- AA.VV.: *Comentarios a la Ley de la Función Pública Valenciana* (Coords. Remedios Roqueta Buj e Ignacio Sevilla Moreno), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN: 978-84-9033-317-4.
- CABALLER MELLADO, V.; ROGER FERNÁNDEZ, G.: *Manual de valoraciones urbanísticas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN: 978-84-9033-178-9.
- CORDERO LOBATO, E.; CARRASCO PERERA, A.; GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7ª edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012. ISBN: 978-84-9903-081-4.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2012. ISBN: 978-84-9401-445-1.
- GIFREU I FONT, J.: *L'ordenació urbanística a Catalunya*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9768-733-1.
- GRANADOS RODRÍGUEZ, J.F.: *Directiva de servicios, licencias urbanísticas y ejercicio de actividades*, Ed. Comares, Granada, 2012. ISBN: 978-84-9836-986-1.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V.: *Urbanismo y territorio en Andalucía*, 3ª edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012. ISBN: 978-84-9014-165-6.
- LOZANO CUTANDA, B.; SÁNCHEZ LAMELAS, A.; PERNAS GARCÍA, J.J.: *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada. Doctrina, textos legales anotados y jurisprudencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9020-114-5.
- MAGRO MONTERO, E.; ARANGUREN QUEREJETA, M.J.; VALDALISO, J. M.; NAVARRO ARANCEGUI, M.: *Estrategias para la construcción de ventajas competitivas regionales. El caso del País Vasco*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9768-472-9.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Ed. Crítica, Barcelona, 2012. ISBN: 978-84-9892-466-4.

PONS RAFOLS, X.; CAMPINS ERITJA, M.; CASTELLÀ ANDREU, J.M.; MARTÍN NÚÑEZ, E.: *La acción exterior y europea de la Generalitat de Cataluña. Desarrollo normativo e institucional*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-9768-742-3.

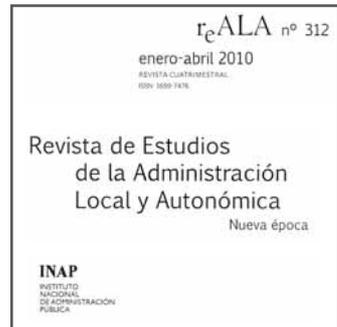
QUEREDA SABATER, J.: *Políticos y funcionarios en la Comunidad de Madrid. La relación entre los altos cargos y los altos funcionarios en la Administración madrileña*, Ed. INAP, Madrid, 2012. ISBN: 9788470887710.

SANTOS DÍEZ, R.; CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho urbanístico. Manual para juristas y técnicos*, 8ª edición, Ed. La Ley - El Consultor, Madrid, 2012. ISBN: 978-84-7052-634-3.

VALLEJO PÉREZ, G.: *La protección de la legalidad urbanística en el Principado de Asturias*, Ed. Eolas Ediciones, León, 2012. ISBN: 978-84-1560-304-7.

Javier E. Quesada Lumbreras  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Granada





# Sumario

---

I. ESTUDIOS	La autonomía local en Alemania a los dos siglos de su nacimiento 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
-------------------------------	-----

---

II A A P